

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO
Departamento de Derecho Penal



**LOS MENORES DE EDAD INFRACTORES DE LA
LEY PENAL.**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR
PRESENTADA POR

Elba Cruz y Cruz

Bajo la dirección de los doctores

Emilio Octavio Toledo y Ubieto
María Martín Lorenzo

Madrid, 2010

ISBN: 978-84-693-7809-0

© Elba Cruz y Cruz, 2010

**UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
INSTITUTO DE DERECHO COMPARADO**



**LOS MENORES DE EDAD INFRACTORES
DE LA LEY PENAL**

Tesis doctoral presentada por: D^a Elba Cruz y Cruz
Dirigida por: Dr. Emilio Octavio de Toledo y Ubieto y
Dra. María Martín Lorenzo

Madrid 2009

Universidad Complutense de Madrid

Instituto de Derecho Comparado



LOS MENORES DE EDAD INFRACTORES DE LA LEY PENAL

Tesis realizada por D^a Elba Cruz y Cruz para la obtención del grado de Doctora, bajo la dirección del Dr. D. Emilio Octavio de Toledo y Ubieto, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Complutense de Madrid, y de la Dra. D^a María Martín Lorenzo, Profesora de Derecho Penal de la misma Universidad

Madrid 2009

*A mis hijos: Raúl; Clarita;
Mariana; Susana; Mariano
Alejandro; Elba María Marlene
y Camilo Ganesh, con todo mi
amor.*

*Con mi agradecimiento eterno
para mi amigo, maestro y guía
Dr. Emilio Octavio de Toledo y
Ubieto.*

ÍNDICE

Presentación	8
Capítulo I.- Concepto de menor infractor	11
I.- Planteamiento	11
II.- Desarrollo histórico del concepto penal de menor infractor en el ámbito comparado	12
A. Criterio del discernimiento	12
B. La reforma correccional	19
C. El modelo garantista	29
III.- Evolución del concepto penal de menor infractor en el Derecho español.	30
IV.- Evolución del concepto penal de menor infractor en México.	42
Capítulo II.- Sistemas positivos de regulación jurídica del menor infractor	65
I.- El modelo español	65
A. La Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero de 2000	68
1. Partes en el proceso.	69
2. Fases del procedimiento.	74
B. La Reforma de la Ley Orgánica de 4 de diciembre de 2006	81
II.- El modelo mexicano	87
A. Generalidades sobre la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en materia Común y para toda la República en Materia Federal.	91
B. Estructura y contenido de la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en materia Común y para toda la República en Materia Federal.	99
1. Autoridades de la materia.	99
2. Procedimiento y garantías del menor.	103
3. Aplicación de medidas de orientación, protección y tratamiento.	120
4. Jurisprudencia.	125
C. La Reforma constitucional de 12 de diciembre de 2005.	132
D. Nuevos ordenamientos y reformas en el ámbito local a raíz de la reforma constitucional de 2005.	134
III.- Consideraciones finales	141

Capítulo III.-	Derecho comparado	145
I.-	Legislación latinoamericana en materia de menores infractores	145
A.	Centroamérica	146
1.	Nicaragua	149
2.	Costa Rica	159
3.	Guatemala	160
4.	El Salvador	167
B.	Sudamérica	178
1.	Argentina	178
2.	Paraguay	203
II.-	Reflexiones finales sobre los diversos modelos jurídico-comparados	208
Capítulo IV.-	La peligrosidad criminal del menor	212
I.-	Cuestiones doctrinales	212
II.-	Previsiones normativas en la legislación española.	220
III.-	La legislación mexicana.	226
IV.-	La opinión pública ante la delincuencia juvenil	232
V.-	Reflexiones finales sobre las previsiones legales de la peligrosidad del menor	238
Capítulo V.-	Inimputabilidad, culpabilidad, antijuridicidad y aspecto psicológico de los menores	244
I.-	Inimputabilidad	244
II.-	Culpabilidad	255
III.-	Antijuridicidad: formal y material	270
IV.-	Aspectos psicológicos de los menores.	276
A.	Teorías sobre el desarrollo psicológico del menor.	276
B.	La violencia en el menor: ¿rasgo biológico o factor aprendido?	290
V.-	Intervención psicológica. Métodos y medios en el contexto Español	295
VI.-	La intervención psicológica en la legislación mexicana.	313
VII.-	Consideraciones personales conclusivas	315
Capítulo VI.-	El aspecto educativo-prevenencial	319
I.-	Planteamiento	319
II.-	Pedagogía social especializada	324
A.	La prevención en la educación social	324
B.	Modelos institucionales de tratamiento	336
III.-	Modelos integrados en la educación social especializada	345

IV.-	Programas pedagógicos de acción socioeducativa con menores en dificultad y conflicto social. Evolución de la perspectiva ecológica	351
V.-	La animación sociocultural	359
VI.-	Consideraciones críticas	369
Capítulo VII.-	La situación familiar del menor	374
I.-	Consideraciones previas	374
II.-	Relaciones y dinámica al interior de la familia	377
A.	El compromiso afectivo de los padres	377
B.	La vigilancia	379
C.	La disciplina	380
D.	Actividades criminales de otros miembros de la familia	381
E.	Actitudes específicas del padre y de la madre	382
III.-	Estructura de la familia	383
A.	Hogares disueltos	383
B.	Situación laboral de los padres	384
C.	Número de integrantes de la familia	384
IV.-	Posición social de la familia	385
V.-	Programas de educación familiar	387
VI.-	Funciones y acciones de la escuela en el caso de los menores en dificultad	393
VII.-	El papel de los medios de comunicación. La publicidad	400
VIII.-	Actividades físico-deportivas	405
IX.-	Programas de capacitación laboral	411
X.-	Tratamiento socioeducativo de grupos de menores con problemas particulares	414
XI.-	Reflexiones finales	423
Capítulo VIII.-	Las medidas de seguridad como sustituto de las penas	427
I.-	Previsiones normativas en la legislación española	428
A.	Catálogo legal de las medidas de seguridad para menores de edad penal	428
B.	Reglas para la aplicación de las medidas de seguridad a los menores de edad penal	444
II.-	Legislación mexicana.	449
III.-	Consideraciones críticas personales	467
Capítulo IX.-	Las garantías procedimentales	469
I.-	Planteamiento	469
II.-	Derechos de los niños y los jóvenes	470
A.	La situación de los niños y los jóvenes	470

B.	La competencia consultiva de la Corte	473
C.	Los criterios hermenéuticos utilizados por la Corte	474
D.	Los principios aplicables al niño	475
	1. Igualdad	475
	2. Interés superior del niño	477
E.	Los deberes de la Familia, de la Sociedad y del Estado	478
F.	Procedimientos judiciales y administrativos en los que participan niños	479
	1. Las garantías judiciales	479
	2. Proceso administrativo	481
	3. Procesos judiciales	482
	4. Debido proceso	483
III.-	El papel de la víctima y/o ofendido en la legislación española.	488
IV.-	Reflexiones críticas personales	500
Conclusiones.		504
BIBLIOGRAFÍA EMPLEADA		507
LEGISLACIÓN UTILIZADA		520

PRESENTACIÓN

Constituye un aspecto de innegable importancia el estudio de la problemática de los llamados ‘menores infractores’, y su análisis implica atender el futuro de la humanidad.

La conflictiva principia en la denominación misma de ‘menores infractores’; para muchos, es controversial y aun ofensivo utilizar esta calificativa; partiendo de la idea, en boga actualmente, de que los menores, por estar aún en proceso de maduración psicológica, bajo ningún concepto puede considerarse que infrinjan las leyes penales, sino que sus acciones son el resultado de las influencias del medio social o de sus progenitores, quienes la mayoría de las ocasiones los determinan a incurrir en actividades delictivas.

Por supuesto, hay quienes sostienen la tesis opuesta, en el sentido de que debe considerárseles lo suficientemente responsables, y tratarlos igual que a los adultos infractores; esta tendencia, cobra auge en sociedades como la norteamericana, donde las conductas antisociales de los menores llegan a extremos preocupantes.

Los dos puntos de vista han sido tomados en consideración y practicados en diversos tiempos, y aún puede actualmente catalogarse a la mayoría de los sistemas jurídicos contemporáneos en una u otra categoría; de tal suerte, que mientras en algunas naciones europeas, la tendencia es tratar a los menores de manera tenue, quizá exageradamente humanitaria; en los Estados Unidos se sigue un régimen sumamente enérgico, siendo inclusive posible la imposición de la pena de muerte a los menores infractores.

¿Realmente puede afirmarse que los menores cometen delitos? Es ésta la pregunta que consideramos ha de responderse por medio de este trabajo; en un tema tan ambiguo como el que abordaremos, podríamos contestar tanto afirmativa como negativamente, siguiendo una u otra postura. Sin adherirnos a los postulados de un positivismo revisionista, consideramos que los menores, más que infractores o delincuentes, son un síntoma de la existencia de fallas más graves en la estructura social, en especial dentro de la familia y el proceso educativo.

Somos bien conscientes de que a diferencia de los adultos, quienes tienen mayores posibilidades de conducirse por libre albedrío, los menores por su

inmadurez e inexperiencia, lógicas en quien está todavía en proceso formativo, son mucho más susceptibles a factores externos y opera en ellos, cuando supuestamente cometen ilícitos, un claro determinismo; de tal suerte, que la base del tratamiento para los menores infractores debe ser la educación, como bien dice María MONTESSORI: "Para educar al niño de manera distinta, para salvarlo de los conflictos que ponen en peligro su vida síquica, es necesario en primer lugar un paso fundamental, esencialísimo, del cual dependen todo el éxito: y es el de modificar el adulto. Éste hace todo cuanto puede y como él dice, ya ama al niño hasta el sacrificio, confesando que se encuentra frente a lo insuperable. Necesariamente ha de recurrir al más allá, a más de todo cuanto es conocido, voluntario y conciente."¹

Manteniendo la tesitura de que especialmente son los padres quienes influyen en la conducta antisocial de sus vástagos, afirmamos la necesidad de tratar de establecer cierta responsabilidad penal para los progenitores, cuando su inadecuada conducta motive las incursiones criminales de sus menores hijos. Evidentemente, es ésta una posición muy compleja y controversial, con un futuro muy difícil, pero marca una expectativa en el combate al fenómeno que se ha llamado delincuencia de menores.

Lo anterior, fundamentado en la idea de que el juicio a los menores, no es el punto relevante: "la necesidad de no dar al acto sino la secundaria importancia que tiene y sí poner atención a las condiciones de la vida del menor, por medio de los estudios que se le hagan desde los puntos de vista médico, pedagógico, psicológico y social, para emitir el diagnóstico interdisciplinario, que nos conducirá al necesario tratamiento, también interdisciplinario."²

Lo que debe ponderarse con el mayor conocimiento y cautela son la prevención y el tratamiento que requieren los ilícitos cometidos por los niños y jóvenes, así como las sanciones que se les apliquen, cuyas bases exigen ser pedagógicas, tutelares y de readaptación social; atendiendo a que "la mejor prevención social es la que se puede hacer con los menores de edad, en la familia, en la escuela, en los deportes y otras actividades propias de la minoridad, en que se puede rectificar a tiempo la trayectoria de la conducta, evitando que se siga formando un criminal."³

Las guerras, la injusta distribución de la riqueza pública y la mayor complejidad de las relaciones sociales, confieren a la delincuencia juvenil nuevos matices, lo cual exige buscar una legislación previsor y idónea, porque la experiencia ha evidenciado que la penalidad por sí sola, no mejora al infractor.

¹ MONTESSORI, María. **El niño. El secreto de la infancia**. 2ª edición, Editorial Diana, México, 2000, p. 37.

² SOLÍS QUIROGA, Héctor. **Justicia de menores**. 2a ed., Ed. Porrúa, México, 1986, p.13.

³ IBIDEM, p.12.

La política contra la delincuencia juvenil, implica un programa de prevención, a través de una labor de conjunto, dando unidad de acción a todos los organismos encargados en mayor o menor grado, de proteger a los infantes, así como de impedir la reincidencia de manifestaciones antisociales juveniles.

También debe reconocerse que la generosidad, la indulgencia, el tacto y la delicadeza de los sentimientos, influyen en la reacción de la sociedad contra las infracciones de los menores, imprimiendo a su tutela las características de una institución superior.

En el presente trabajo, partiendo de la definición dogmática de “menor infractor” y analizando la evolución histórica que ha tenido esta concepción, analizaremos críticamente el actual régimen jurídico de menores en España, relacionándolo con el modelo vigente en México, ámbito de referencia necesario, dada la nacionalidad de quien escribe estas líneas. Brindaremos diversas opciones y propuestas que contribuyan al mejoramiento de la legislación, con miras a la disminución del fenómeno.

CAPÍTULO I

CONCEPTO DE MENOR INFRACTOR

I.- PLANTEAMIENTO

Previamente a aventurarnos a definir, apoyados en la dogmática, lo que debe entenderse por un “menor infractor”, consideramos de trascendental relevancia hacer un breve estudio de la evolución que ha tenido esta noción a lo largo de la historia jurídica, tanto en el mundo como particularmente en España y en México. Ello, con el fin de aclarar, de inicio, el camino para el estudio de la actual legislación de la materia, y determinar no sólo la naturaleza y el contenido del polémico ‘derecho de menores’, sino emitir, en la medida de lo posible, una valoración sobre ésta con miras a su mejoramiento futuro; objetivo prioritario de este trabajo.

A nadie escapa que las ideas con relación a la significación del derecho penal y sus fines, han mutado notoriamente a lo largo de los siglos. Como señala RÍOS ESPINOSA: “las respuestas han oscilado entre las justificaciones retribucionistas absolutas que justifican la aplicación de una pena, en atención a la pretendida disolución del mal producido por el delito por el correspondiente de la pena, y las justificaciones de orden utilitarista, que atienden no al fin de la pena como legítimo en sí mismo, sino a fines extrapunitivos asociados a ella.”⁴

Dichas concepciones utilitaristas, predominantes durante la modernidad, han permitido en múltiples ocasiones la extralimitación de la intervención punitiva del Estado, aduciendo la necesidad de garantizar el bienestar de la mayoría no delincuente.

En la actualidad, se acepta la doble finalidad del derecho penal, según la cual “éste cumple también importantes funciones como herramienta de minimización de la violencia hacia los destinatarios de sus normas, cuando las personas caen en el supuesto de infracción a la ley penal.”⁵

⁴ RÍOS ESPINOSA, Carlos. “Grupos vulnerables y derecho penal: el caso de los menores infractores”. En **Bien común y gobierno**. México, 1998, Año IV, no. 47, p. 27.

⁵ IDEM.

Y por lo que hace a la relación de los menores con el derecho penal; la tendencia moderna es que no pueden someterse al ámbito que rige para los adultos. Sea, como se afirma de manera tradicional en la doctrina, porque son inimputables; o bien, porque se reconoce que su personalidad apenas se encuentra en formación, pudiendo contar con cierta madurez, más no completa. Se acepta que “hablar de menores significa hablar de hombres que atraviesan etapas prematuras de su vida; hablar de “derecho de menores” importa hablar de aquello que comienza o se adecua al ser humano en la minoridad.”⁶

II. DESARROLLO HISTÓRICO DEL CONCEPTO PENAL DE MENOR INFRACTOR EN EL ÁMBITO COMPARADO

Haremos aquí un breve recorrido por la historia de la concepción jurídica del menor, en especial, por lo que hace a su conducta infractora, destacando en especial tres momentos, más o menos generales, de relevancia: a) la valoración de la responsabilidad del menor y la atenuación de la pena, según la idea del *discernimiento*; b) la *reforma correccional*, con la separación del menor del derecho penal según el modelo tutelar y; c) el auge del *modelo garantista*, como respuesta a las inconsistencias jurídicas y arbitrariedades cometidas por instituciones tutelares, el cual pretende, sin regresar al menor a la jurisdicción penal, recuperarle ciertos derechos que le habían sido denegados.

Es importante mencionar, que si bien, cada uno de los modelos mostraron severas deficiencias en su aplicación práctica; no por ello debe olvidarse que en el origen de cada sistema de justicia *especializada* para menores, se encuentra la loable intención de crear un esquema que permita un trato más humanitario, justo o simplemente más adecuado para los infantes; como reflejo de la misma humanización que se exige del Derecho de adultos. Como apunta MARTÍNEZ REGUERA, “La historia ha puesto de manifiesto que siempre bajo o junto a los esfuerzos por humanizar la justicia del menor, se encuentra un intento de racionalizar la sociedad de los adultos y, por ello, se exige una acción correspondiente para con los menores.”⁷

A. Criterio del discernimiento

⁶ GONZÁLEZ DEL SOLAR, José H. **Delincuencia y Derecho de Menores. Aporte para una legislación integral**. Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, p. 101.

⁷ MARTÍNEZ REGUERA, Enrique, et. al. **¿Tratamiento penal para menores?** Caritas Española, Madrid, España, 1989, p. 18.

Antecedente de obligada mención, es el Derecho romano. “Desde la antigüedad romana que distinguió entre infantes, impúberes y menores, fue la preocupación primordial fijar las edades en que, por falta de desarrollo mental, carecía el niño ciertamente de imputabilidad (hasta los 5, los 7 o los 9 años); en que tal deficiencia podía presumirse *iuris tantum* (desde el límite anterior hasta los 12 o los 14 años); y la última en que la presunción se invertía y habría que demostrar que el sujeto había obrado sin discernimiento, período éste que de los 12 o los 14 años no se extiende hasta los 16 o los 18 años, como se suele afirmar, sino que abarca todo el resto de la vida puesto que aun en delincuentes de 50 ó 60 años se presume la completa responsabilidad pero se debe dar plena validez y efectos a la prueba en contrario.”⁸

“Ya en el Imperio, conforme a las previsiones de la *Lex Cornelia de Sicaris* (L. 48, Tit. 8, Ley 12), la consideración variaba según las edades, pues hasta los 7 años duraba la *infantia* y los niños eran considerados como el loco (*furiosus*); una segunda categoría era la de los *impúberes* (o *infantis* próxima) que comprendía a los varones hasta los 10 ½ años y a las mujeres hasta los 9 ½ años y normalmente eran irresponsables de los ilícitos salvo prueba en contrario de una especial capacidad y, por expresa disposición legal, de los delitos contra el honor. Una tercera categoría eran los *impúberes* “*pubertate próxima*” que se extendía para los varones hasta los 14 años y las mujercitas hasta los 12 años, que no podían ser sancionados con pena de muerte y en general se los castigaba en forma atenuada y a veces se los eximía de sanción. A esta etapa pertenece la época en que la punibilidad del menor dependía de su discernimiento o *dolus capax*. La última categoría era la de los menores, que comprendía la etapa entre los 12 y 14 años y los 18, quienes eran mencionados con penas algo mitigadas. No faltan algunos autores que extienden ésta última categoría, para ciertos efectos, hasta los 25 años.”⁹

Por lo que hace a los primitivos regímenes jurídicos surgidos tras la caída del Imperio Romano de Occidente, podemos citar el Derecho anglosajón, en el cual se consideraba como límite de irresponsabilidad penal los diez años. Pasada esa edad, podía imponerse al menor inclusive la pena capital; cabe comentar, que “Blackstone cita dos sentencias de muerte impuestas a niños de más de 10 años: una por incendio de un pajar, que se ejecutó, y otra, que no se cumplió, y correspondía a un hurto de peniques.”¹⁰

⁸ CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl y CARRANCÁ Y RIVAS, Raúl. **Derecho penal mexicano, parte general**. Porrúa, México, 1995, p. 635.

⁹ VIÑAS, Raúl Horacio. **Delincuencia juvenil y derecho penal de menores**. Ediar, Buenos Aires, Argentina, 1983, pp. 25-26.

¹⁰ IBIDEM, p. 26.

Dentro del Derecho germano consuetudinario, la irresponsabilidad se extendía hasta los 12 años; en el sistema franco-visigodo, el límite de la imputabilidad eran los 14 años.

El Derecho canónico se apegó, por lo general, a los criterios establecidos por el derecho romano imperial, sobre todo en lo relativo a la presunción de irresponsabilidad, la diferenciación en los grados de responsabilidad según la situación específica del menor (*infante próxima o pubertate próxima*), la valoración de la capacidad de discernimiento, con posibilidad de atribución de dolo y una atenuación genérica de las penas, dejada al arbitrio judicial.

En la legislación que se ha dado en llamar *intermedia*, destaca la *Peinliche Gerichtsordnung* del Emperador Carlos V: “acoge las enseñanzas romanas, al asimilar la minoridad a la enajenación y al aceptar el examen del dolo que, comprobado por consejo de entendidos, hacía responsable al menor (*malitia suplet etatem*). En su art. 164 al ladrón menor de 14 años se le imponía pena de castigo corporal y renuncia eterna a vengarse (en lugar de la pena capital), pero si se trataba de un muy peligroso o gran ladrón -previa consulta a un Consejo- podías ser penado en bienes, cuerpo o vida con tal que se acreditase que tenía la malicia de los mayores. Para otros delitos se repetía la consulta al Consejo o a jueces superiores, a efectos de saber si el menor realmente carecía de sentido moral. En otras palabras, se trataba de establecer si el menor poseía suficiente “discernimiento” (para distinguir el bien del mal), problemática que se inició en el Derecho Romano, continuó con el Derecho canónico y siguió con las prácticas jurisprudenciales de las ciudades italianas del medievo. Cuando se constataba el *dolo capacitas* (o discernimiento, al fin) el infante podía ser castigado con látigo o varillas -siguiendo dictamen de Carpzovio de 1635- aunque posteriormente se interpretó que más que una pena, su ejecución debía llevar a una corrección por fuerte impresión en el niño. Tal ejecución era cumplida por los tribunales, en casos de delitos graves, y de lo contrario, por los padres o maestros del menor (...) Impúberes de *infantia próxima* podían sufrir destierro, cárcel o penas corporales, si cometían hechos de gravedad, reservándose la pena capital para casos de suma gravedad que el delincuente ejecutara con malicia supina (astucia, perfidia), sin poderse abrigar esperanzas de enmienda (Así, el Tribunal de Escabinos de Leipzig, por causas de incendios intencionales en 1615 y 1617 dictó sendas sentencias ordenando la decapitación de un muchacho y una muchacha, en lugar de imponer la pena de hoguera reservada a los adultos). En general, a los menores se imponía una *poena extraordinaria* y aún se la reducía si se constataba una *magna stupiditas* o en casos de ínfimas transgresiones.”¹¹

En las Siete Partidas, con relación a los menores, la ley 8 del tít XXXI y la 8 del tít. IX, establecían la irresponsabilidad completa de los que no habían cumplido diez años y medio (*infans e infantiae proximus*), y la culpabilidad atenuada de los

¹¹ IBIDEM, p. 28.

que no habían llegado a los diecisiete años: “E si por aventura, el que ouiesse errado fuesse menor de diez años e medio, non le deuen dar ninguna pena. E si fuessen mayor desta edad, e menor de diez e siete años, deuenle menguar la pena que darían a los otros mayores por tal yerro” (ley 8 tít XXXI). Esa misma regla se encuentra reiterada en diversas leyes, respecto de delitos especiales.

Tratándose de delitos particulares como los de lujuria, incesto, o apoderamiento de cosa propia con perjuicio de otro, la irresponsabilidad se extendía en el caso del varón, hasta la edad de catorce años, y a los doce para la mujer. Asimismo, tratándose de falsificación de moneda, quedaba exento de la pena de confiscación de la casa destinada a la falsificación todo menor de catorce años; y en el daño a la propiedad ajena, se extendía hasta los veinticinco años la irresponsabilidad penal.

Sobre las VII Partidas, RODRÍGUEZ MANZANERA comenta que establecían un sistema de irresponsabilidad penal total para los menores de diez años y medio, a quienes se denominaba infantes; y una especie de semi-imputabilidad para los mayores de diez años y medio, pero menores de diecisiete. El sistema contemplaba ciertas excepciones, dependiendo del delito: no podía aplicarse la pena de muerte al menor de 17 años; la inimputabilidad se conservaba en diez años y medio para la mayoría de los delitos, la inimputabilidad total se extendía a catorce años en delitos sexuales como lujuria, sodomía e incesto, y entre los diez y medio y los catorce años había una semi-imputabilidad para los delitos de lesiones, homicidio y hurto, pudiendo aplicarse penas leves.

Legislaciones del mismo período, como las de Tortosa, Cataluña y Valencia, siguieron el modelo romano. Las Leyes de Aragón y Navarra establecieron como topes de edad, respectivamente, los 7 y los 14 años.

Siguiendo la evolución de las ideas penales, durante el período que se ha dado en llamar humanista o humanitario las disposiciones relativas a los menores se suavizaron. Para inicios del siglo XIX, se estableció un tope mínimo de edad, debajo del cual la inimputabilidad se consideró absoluta; 8 años, en 1813 en Baviera; 10, 12 y 11 en Sachsen, en 1868. Asimismo, la mayoría de edad se fijó por lo general en los 16, 18 o 21 años. Para los menores de edades intermedias, se les atenuaba la penalidad. Los códigos penales franceses de 1791 y 1810 retomaron la figura romana del “discernimiento” (*o dolo capacitas*), tendencia que fue seguida por lo general por las ulteriores legislaciones europeas.

Según apunta VIÑAS: “si el menor distinguía lo justo de lo injusto, sufría una pena correccional, atenuada; la prisión no excedería de 20 años; en caso negativo, eran devueltos a sus padres o tutores, o destinados a casas de

corrección. No obstante, se ha señalado el retroceso de no haber establecido una edad mínima de inimputabilidad absoluta.”¹²

Posteriormente, con la difusión de las ideas de la escuela llamada clásica, se establece claramente una etapa de inimputabilidad absoluta en la infancia, considerándose que el menor carece de toda maldad. Las nuevas medidas son de carácter preventivo-correctivo, asumiendo gran relevancia la figura del discernimiento. “Si éste faltaba, se absolvía; estando presente, se atenuaban las penas. El fundamento de tales absoluciones o atenuaciones en razón del discernimiento, se basaba en un principio de la ciencia moral; se responde en la medida que se distinga el bien del mal, pero también en otro principio de ciencia biológica: el entendimiento sólo gradualmente llega al desarrollo.”¹³

El principal representante de la escuela clásica, CARRARA, quien elaboró su doctrina penal con base en los principios del libre albedrío y de la imputabilidad moral del hombre, mencionaba a la edad como la primera causa que perturba la inteligencia e influyen sobre la imputación. Como criterio exclusivamente jurídico, la divide en cuatro períodos para efectos penales, a saber: 1) período de irresponsabilidad absoluta; 2) de responsabilidad condicional; 3) de responsabilidad plena; 4) de responsabilidad modificable en sus resultados.

El primer período comprende la infancia, desde el nacimiento hasta los siete años; y la impubertad próxima a la infancia, que va de los siete a los doce años. En esta etapa, se presume *juris et de jure* que el sujeto carece de discernimiento, y por tanto, es inimputable.

El segundo período, que CARRARA llama de la responsabilidad condicional o menos plena, comprende dos fases: de los doce a los catorce años o la impubertad próxima a la minoridad; y la minoridad propiamente, de los catorce a los dieciocho años cumplidos. En este período, la capacidad se presume *juris tantum*, por lo que el agente es sometido a juicio, para determinar si obró con discernimiento o sin él. Si no se acredita el discernimiento, se le absuelve; en caso positivo, se le condena, aunque con menor intensidad que al adulto.

De acuerdo con FONTÁN BALESTRA, “esta doctrina basa todo el problema de la delincuencia juvenil en el análisis del discernimiento. Si éste falta, por presunción irrefragable de la ley (primer período) o por haberse demostrado así en el juicio (segundo período), el agente queda al margen del Derecho penal, no sólo en el sentido de que se lo exime de pena, sino en cuanto el poder público se desentiende de él, porque excluida la pretensión punitiva cesa la función del juez a

¹² VIÑAS, Raúl Horacio. op. cit., p. 29.

¹³ IDEM.

su respecto. Probado, correlativamente, el discernimiento, se aplica una pena, aunque de menor intensidad o grado”.¹⁴

En importantes discusiones doctrinales, trató de dilucidarse el significado del *discernimiento*, concepto que abordamos sólo por interés histórico, en función de haber sido superado actualmente. Al respecto, SOLÍS QUIROGA apunta que la “Escuela Clásica tomó como base de sus criterios punitivos la existencia del libre albedrío y de la responsabilidad moral, siempre de origen teológico, tomando como meollo de la conducta el sentido, que consideraba universal e innato en la especie humana, de lo que es justo, bueno, honesto y lícito. A veces tomaba como producto intelectual y a veces como producto del sentimiento el discernimiento, que suponía existía en todo ser humano adulto, y que podía ser alcanzado por los menores como los demuestra la investigación que se hacía de él en ciertas edades infantiles o juveniles, marcadas expresamente para ello en los diversos pueblos. Se afirmaba, pues, que existía el discernimiento y que, como consecuencia natural, el individuo estaba obligado a hacer el bien, a dirigir su conducta indefectiblemente a lo lícito. Si en cualquier caso obrar ilícitamente, con mala intención o dolo, ello demostraba que había actuado así voluntariamente, por su propia decisión, y por tanto, debía ser castigado.”¹⁵

No puede considerarse que hayan existido uniformidad de criterios respecto al discernimiento; en el aspecto del derecho positivo, numerosos países equipararon al menor con el adulto, siendo severos con él; en contraparte, otros Estados prefirieron distinguir al menor con base en argumentos lógicos o en razones piadosas, eximiéndolo de la pena o aplicándola atenuada.

En el campo doctrinal, fue notoria la ambigüedad del concepto, sin que existiera un acuerdo entre los tratadistas al respecto. Haciendo un recorrido por las concepciones de importantes juristas, mencionamos a CARRARA, quien, en una apreciación moral y valorativa, identificaba el discernimiento con la capacidad de distinguir el bien del mal. En el mismo sentido, SILVELA habla de la capacidad de distinción de lo bueno y lo malo, y de comprender la diferencia entre el cumplimiento y la práctica del Derecho, y su infracción o falta. Para GAJARDO, discernimiento es la inteligencia con que el individuo procede al cometer el delito. PRINS distingue entre el discernimiento jurídico y el discernimiento social; el primero se refiere a conocer que el delito es castigado; el segundo, a saber que hay maneras rectas y honradas de comportarse y otros que no lo son. VON LISZT considera al discernimiento “como la conciencia de la punibilidad del acto cometido, la madurez mental necesaria para la obtención del conocimiento de la

¹⁴ FONTÁN BALESTRA, Carlos. **Tratado de Derecho Penal. Parte General**. Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1980, p. 495.

¹⁵ SOLÍS QUIROGA, Héctor. **Justicia de menores**. 2a ed., Ed. Porrúa, México, 1986, p. 47.

culpabilidad.”¹⁶ Para MEZGER, el discernimiento es la capacidad de comprender la injusticia del hecho y actuar según esa comprensión.

Con mayor concreción, Georges VIDAL hace notar que mientras para unos el discernimiento es la inteligencia del bien y del mal, de lo justo y de lo injusto; para otros es la facultad de comprender la ilegalidad del hecho. En 1906, manifiesta que la concepción del bien y del mal, de lo justo y de lo injusto es superficial, pues “es producto de factores en proceso de formación tales como la inteligencia, a la que faltan todavía el juicio, la reflexión; y la educación, a la que faltan, después de cada error, los reproches familiares, la actitud de la policía y los magistrados, y que hay necesidad de conocer el medio en que el niño ha ido creciendo.”¹⁷

El criterio se va orientando más a lo jurídico que a lo moral. Ricardo ABARCA, liga a la razón con el discernimiento, siendo éste el conocimiento exacto de la licitud o ilicitud de la propia conducta. BASILEU GARCÍA mantiene el criterio de que el discernimiento es la aptitud para distinguir el bien del mal, pero va más allá, al considerarlo como “el reconocimiento de poseer relativa lucidez para orientarse ante las alternativas de lo justo y lo injusto, de la moralidad o inmoralidad, de lo lícito y lo ilícito.”¹⁸ GARRAUD distingue entre discernimiento jurídico y discernimiento moral; “el primero consiste en saber que la ejecución de un hecho determinado motiva la imposición de una pena y el segundo en la noción del bien y el mal.”¹⁹

Sobre esta diversidad de conceptualizaciones del discernimiento, SOLÍS QUIROGA afirma que “es impresionante ver cómo, en un asunto de tal seriedad, como es la imposición de penas que afectarán la vida entera de los menores de edad y de su familia, los autores han discrepado tanto en lo que pueda entenderse por discernimiento, base estimada como esencial y previa para definir su aplicación”.²⁰ Y agrega el carácter positivo de haber abandonado el criterio del discernimiento, en virtud que “debe considerarse que, si para los jueces en especial, y los adultos en general, es difícil discernir si un acto en determinadas circunstancias reales es lícito o conveniente, no se tiene el derecho de imponer al niño o al adolescente la “simple” obligación de haber discernido, antes de obrar, sobre la bondad del acto ejecutado, cuando está todavía en etapas de desarrollo incompleto y bajo la acción de la inmadurez, posiblemente recibiendo múltiples influencias inconvenientes, patológicas o anómalas, que impresionan fuertemente su psiquismo.”²¹

En respuesta a la escuela clásica, las ideas positivistas apelan a otra manera de estudiar y atender la cuestión de los menores que infringen leyes penales.

¹⁶ IBIDEM, p. 50.

¹⁷ IBIDEM, p. 51.

¹⁸ IBIDEM, p. 52.

¹⁹ IDEM.

²⁰ IBIDEM, p.54.

²¹ IDEM.

Como afirma asimismo SOLÍS QUIROGA, si “a la sociedad interesa evitar que los delincuentes la sigan perjudicando, deben investigarse las causas de la mala conducta (entre las cuales las hay endógenas y exógenas de gran importancia, privando en cada sujeto una diferente constelación causal) y combatirlas eficazmente).”²²

B. La reforma correccional

Según ha resaltado Raúl Horacio VIÑAS, desde fines del siglo XIX y comienzos del XX, opera una honda transformación en las instituciones jurídicas relativas a la minoridad en general y, en particular, el Derecho penal que se aplicaría a los menores debía perder “casi en absoluto su sentido represivo”,²³ para convertirse en un conjunto de medidas encaminadas a la educación moral, intelectual y física del menor.

Durante este nuevo período, caracterizado por el auge de ideas progresistas en todos los ámbitos, se gesta un importante movimiento que proclama la plena autonomía del Derecho Penal de Menores, siendo necesaria no sólo una distinta denominación, sino también otra estructura normativa. Según señala GARÇON, “puede decirse que el niño ha salido del derecho penal”.²⁴ La tendencia, es substraer o cuando menos aspirar a substraer totalmente al niño y al adolescente del área del derecho penal, para someterlo a medidas puramente tutelares y educativas.

DORADO MONTERO ratificaría esa aspiración al sostener que “el Derecho Penal ha desaparecido con respecto a los niños y a los jóvenes delincuentes y se ha convertido en obra benéfica y humanitaria, en un capítulo si se quiere de la pedagogía, de la psiquiatría y del arte del buen gobierno, conjuntamente (...); se aspira a remplazar totalmente la idea de represión, expiación o responsabilidad moral, por la instauración de un sistema psico-pedagógico, tutelar y proteccionista, que pueda extenderse no sólo a los hechos ilícitos de los menores, sino asimismo a situaciones de abandono de menores, de peligro material y moral”.²⁵ Empieza a gestarse el modelo conocido posteriormente como tutelar; VIÑAS agrega que: “en esa sustitución a que aspiraba Dorado Montero, serían convocadas la pedagogía, la psicología, la psiquiatría y sociología especializadas, hoy genéricamente comprendidas en la disciplina Criminología juvenil (aunque con discrepancias entre escuelas) y todas, de consuno, se refuerzan en alcanzar la meta de

²² IBIDEM, p. 55.

²³ VIÑAS, Raúl Horacio. op. cit., p.32.

²⁴ IDEM.

²⁵ IDEM.

reformular, rehabilitar, reeducar y reinserir socialmente al menor que pudo delinquir.”²⁶

Como antecedentes de las instituciones correccionales, creadas según las nuevas doctrinas aceptadas por los legisladores (que pugnaban por la corrección en lugar del castigo penal), podemos citar numerosos esfuerzos de carácter meramente caritativo, atendidas generalmente por grupos religiosos. Las antiguas Casas de Corrección de Amsterdam, que datan del siglo XVI, son claro ejemplo del valor asignado al trabajo riguroso, como redentor, y a la reeducación moral. La primera institución correccional para jóvenes fue el Hospicio de San Michele, fundado en Roma por el Papa Clemente XI en 1703. En Alemania, hubo institutos modelos desde 1833 en Horn y 1837 en Waldorf y posteriormente en Wittlich (Renania), ya en 1912. En este último, se aisló completamente a los menores, respecto de los delincuentes adultos, sometiéndolos a medidas de reeducación muy similares a los modelos norteamericanos de Reformatorios de Elmira, Massachusetts y Concord; sobre los cuales, el inglés Sir Evelyn RUGGLES BRICE, apuntaba que: “el acertado sistema de enseñanza moral, física y profesional de esos reclusos, el entusiasmo que dominaba al trabajo, el acabado mecanismo para la supervisión del liberado condicional, todas esas cosas, privadas de extravagancias, me satisficieron, porque un humano, un real esfuerzo estaba siendo hecho en esos Estados para la rehabilitación de la juventud delincuente.”²⁷

Por lo que hace a los aspectos jurídicos, el movimiento de reforma pugna por la elevación de los topes legales de la inimputabilidad absoluta, a los 14, 16, 18 o 21 años, según las distintas legislaciones.

La implantación del sistema de reformatorios en los Estados Unidos, hacia mediados del siglo XIX, atendía a la idea de que los delincuentes eran susceptibles de ser convertidos en ciudadanos respetuosos de las leyes; que los individuos anormales y querellosos podían ser “entrenados” para ser útiles y productivos. Sus principios fundamentales fueron formulados en Gran Bretaña por Mathew Davenport Hill, Alexander Maconochie, Walter Crofton y Mary Carpenter.

WINES y DWIGHT, en un informe dado a la legislatura de Nueva York, en 1867, proponían que el objetivo último de toda política penal debía ser reformar al criminal, cosa que sólo podía lograrse “poniendo el destino del preso, hasta donde fuera posible, en sus propias manos, permitiéndole, por su industria y buena conducta, elevarse paso a paso hasta una posición menos restringida; por otra parte, la mala conducta lo mantenía en un estado de coerción y restricción.”²⁸

²⁶ IDEM.

²⁷ IBIDEM, pp. 30-31.

²⁸ GRÜNHUT, Max. **Penal reform**, p. 50. Citado en: PLATT, Anthony M. **Los salvadores del niño o la invención de la delincuencia**. 2ª ed., Siglo XXI Editores, México, 1988, p. 71.

La nueva concepción de la penalidad se extendió al ámbito de los menores, donde se entendió como tutela y prevención. “Como Mary Carpenter, en Inglaterra, y Zebulon Brockway, en Nueva York, Enoch Wines se esforzaba en la programación de un sistema penal ideal que, con los recursos financieros e institucionales adecuados, pudiera ser aplicado en la práctica. Proponía que las autoridades estatales se encargaran del control de los niños menores de catorce años no debidamente atendidos ni custodiados; su supervisión debía delegarse, decía, en ciudadanos privados y organizaciones de caridad, que deberían estar subsidiados por el Estado, con tal que observaran ciertas normas mínimas. Los reformatorios para niños deberían introducir, hasta donde fuera posible, las condiciones de la vida en el hogar, y estar edificadas en el campo, porque “el lugar normal para educar a estos niños es la campiña”. De preferencia deberían seguir el “plan de casitas”, con 40 niños en cada institución; las instituciones para niños muy pequeños deberían ser manejadas exclusivamente por mujeres. “Así se provocaría más esfuerzo voluntario, más interés individual, más simpatía y celo”.²⁹

En el segundo Congreso Penitenciario Internacional, celebrado en Estocolmo en 1878, se resolvió, que “los niños delincuentes no debían ser castigados, sino educados para permitirles “ganarse honestamente la vida y ser útiles, no perjudiciales para la sociedad”. En los reformatorios debería enseñárseles a los niños moral, religión y trabajo... en forma semejante a la enseñanza que hubieran recibido en una “familia honesta”. Debería separarse a los niños en reformatorios de acuerdo con la preferencia religiosa, y “el número de pupilos de una institución sería suficientemente pequeño para que el director pudiera en cualquier momento interesarse personalmente en cada uno de ellos”. El programa de formación debería “corresponder al modo de vida de los trabajadores; comprendería instrucción primaria y se caracterizaría por la mayor simplicidad en comida, vestimenta y entorno, y sobre todo por el trabajo”. Los niños deberían estar en los reformatorios indeterminadamente, hasta los ocho años, pero hasta donde fuera posible, la colocación de niños viciosos en familias o en instituciones públicas debería efectuarse sin intervención de los tribunales”.³⁰

En el Quinto Congreso Internacional de Prisiones, efectuado en 1895 en París, se determinó que los reformatorios eran capaces de borrar lacras hereditarias y ambientales. Se estipuló que los menores de doce años “siempre fueran enviados a instituciones de preservación y que los padres indignos sean privados del derecho de criar hijos... El lugar preponderante en el entrenamiento físico racional debe darse al trabajo manual, y en particular a las labores agrícolas en campo libre, para ambos sexos.”³¹

²⁹ PLATT, Anthony M. op. cit., p. 73.

³⁰ IBIDEM, pp. 73-74.

³¹ IBIDEM, p. 74.

La opinión sobre los reformatorios en los Estados Unidos era optimista: “se esperaba de los reformatorios que “remediaran los descuidos y vicios de los padres, el fracaso de las escuelas públicas, de las misiones y dominicales, y otras entidades morales del mundo exterior”. Se requería destreza y resolución para “hacer del vástago torcido un árbol recto, y transformar el criminal embrionario en un ciudadano excelente”. Pero mediante el debido entrenamiento, el reformatorio podía ofrecer a un joven delincuente “una buena ocasión para su futura utilidad y respetabilidad”. El residente típico de un reformatorio [se afirmaba], “tuvo por cuna la infamia, mamó los gérmenes de apetitos depravados y se crió entre personas cuya vida era un crimen atroz contra la ley divina y los derechos de la sociedad”. A fin de corregir y reformar a esta persona, el plan de reforma estaba ideado para enseñar el valor de la adaptación, la empresa privada, la lozanía y la confianza en sí mismo. “Para hacer un buen muchacho de este manojito de perversidades es preciso revolucionar todo su ser. Hay que enseñarle a dominarse, a ser industrioso, a respetar los derechos de los demás y a sí mismo”.³²

Al margen de la excesiva retórica empleada al describir los métodos y objetivos del sistema de reformatorios, el supuesto principal giraba en torno a que “la educación debida podría contrarrestar las imposiciones de una vida familiar deficiente, de un medio ambiente corrupto y de la pobreza, al mismo tiempo que robustecía y preparaba a los delincuentes para la lucha que les esperaba.”³³

A diferencia de los castigos utilizados tradicionalmente en penitenciarias y cárceles, los reformatorios repudiarían toda intimidación y represión; la restricción y el castigo no serían más que los medios, teniendo el programa fines mucho más elevados. Ello, con base en que “El principio radical del método educativo para habérselas con la delincuencia juvenil es absolutamente bueno, es un principio que reconoce el hecho de que el delincuente juvenil es en general producto de condiciones individuales y sociales adversas. De este hecho fundamental se saca la consecuencia evidente de que el único tratamiento efectivo de la delincuencia juvenil ha de consistir en poner al adolescente en medio de un entorno material y moral sano.”³⁴

En resumen, citando a PLATT, podemos señalar como principios fundamentales de los reformatorios, entre otros, los siguientes: “1) Los delincuentes jóvenes tenían que ser separados de las influencias corruptoras de los criminales adultos. 2) Los “delincuentes” tenían que ser apartados de su medio y encerrados por su propio bien y protección. Los reformatorios deberían ser santuarios custodiados, donde se combinarían amor y orientación con firmeza y restricciones. 3) Los “delincuentes” deberían ser enviados al reformatorio sin

³² IBIDEM, pp. 75-76.

³³ IBIDEM, p. 76.

³⁴ DOUGLAS MORRISON, Williams. **Juvenil offenders**, pp. 274-275. Citado en PLATT, Anthony M. op. cit., p. 76.

proceso y con requisitos legales mínimos. No era necesario un proceso penal en regla, puesto que los reformatorios debían reformar y no castigar. 4) Las sentencias serían indeterminadas, para que los reclusos fueran alentados a cooperar en su propia reforma y los “delincuentes” recalcitrantes no pudieran reanudar su infame carrera. 5) No debería confundirse reforma con sentimentalismo. Sólo se requería el castigo mientras fuera conveniente para la persona castigada y después de haberse agotado todos los demás métodos. 6) Los reclusos tenían que estar protegidos de la pereza, la indulgencia y el lujo, mediante el ejercicio militar y físico y una vigilancia constante. 7) Los reformatorios deberían estar contruidos en el campo y designados de acuerdo con el “plan de cabañas”. 8) El trabajo, la enseñanza y la religión constituyen la esencia del programa de reformatorios.”³⁵

La jurisdicción especializada de Tribunales y Juzgados de Menores, es una realidad en Chicago en 1899, Filadelfia en 1901 y Berlín (*Jugendgericht*) en 1909. Los tribunales se componen exclusivamente por jueces profesionales letrados o bien mixtos, como los escabinos o jurados de Alemania y Francia. Como agrega VIÑAS, “también en los países escandinavos, deseosos de sustraer totalmente al joven del ambiente judicial, se crean departamentos o comités administrativos tutelares, en lugar de Juzgados. Y, puesto que el niño no debe entrar, ni conocer la prisión, se reemplazará la misma por medidas sustitutivas o alternativas (entrega a los padres, tutores o guardadores, libertad vigilada, internaciones en establecimientos especiales, o secciones de cárceles especiales, separadas de los adultos, casas de detención, asilos, reformatorios, colonias penales, hogares-escuelas, etc.).”³⁶

Además, se prohíbe la publicidad de los procesos y en algunas leyes procesales y de organización judicial se eliminan las intervenciones de Defensores y Ministerio Público, asumiendo el Juez de Menores, con carácter paternalista, el monopolio del proceso tutelar.

Haciendo referencia a la Children Act de 1908, el mismo VIÑAS comenta las medidas protectoras que, de acuerdo a ella, podían adoptarse para los menores, a saber: “a) Absolverlos pura y simplemente; b) Absolverlos bajo promesa de buena conducta en el porvenir; c) Absolverlos, colocándolos bajo la vigilancia de un oficial de prueba (*Probation officer*); d) Confiarles al cuidado de algún pariente o persona de garantía; e) Enviarlos a una escuela industrial; f) Enviarlos a una escuela de reforma; g) Hacerlos azotar; h) Condenarles al pago de una multa, al pago de los daños y perjuicios y de las costas judiciales; i) Condenar a sus padres, a las personas encargadas de su guarda, al pago de una multa, al pago de los daños y perjuicios o de las costas judiciales; j) Condenar a los padres o encargados de la guarda del menor a dar una caución de buena conducta; k)

³⁵ PLATT, Anthony M. op. cit., p. 77.

³⁶ VIÑAS, Raúl Horacio. op. cit., p. 34.

Colocarles en custodia, en algún lugar previsto por la ley; l) Condenarle a una pena de prisión, si tiene más de 14 años; m) Disponer de él, de algún modo autorizado por la ley.”³⁷

De especial relevancia fue la creación de los ‘Tribunales de Menores’, con jueces especiales para atender los asuntos relativos a los menores. Puede identificarse el comienzo de este proceso con las leyes belga de 1912 y húngara de 1913 sobre educación correccional, a partir de las cuales, la fundación de tribunales para menores se generaliza y expande con rapidez, sobre la base de una postura paternal, tutelar y educativa; se prefiere por tanto la creación de tribunales unipersonales frente a los colegiados, para facilitar que el menor pueda identificar al juez como un padre, amigo o confidente y pueda sincerarse con él. Volviendo a VIÑAS, éste apunta que, “como es de singularísima importancia conocer bien la personalidad del menor, cuáles puedan ser sus deficiencias biopsíquicas, las condiciones familiares y medioambientales, escolares y profesionales en que se ha ido desarrollando, se preconiza que todo Tribunal de Menores está dotado de un médico especializado y también de asistentes sociales o cooperadores benévolos, para el relevamiento de datos o encuestas (...) la morigeración del régimen penal de menores se hace carne en los juriconsultos y a insistencia de filántropos, médicos, psicólogos y pedagogos, reclaman también una adecuada respuesta humanitaria a las causas generadoras del aumento de la criminalidad juvenil, y que había que necesariamente buscar en las taras hereditarias, factores biopsíquicos, el abandono, el vicio, la corrupción y la explotación de los menores.”³⁸

El positivismo influye en la búsqueda de explicaciones científicas de la delincuencia juvenil; en la etiología de este fenómeno, sigue VIÑAS, “se hace presente la influencia del punto de vista del evolucionismo científico causal-explicativo -que impulsara el positivismo en el ámbito del Derecho Penal General- con algunas exageraciones ya sea sobre el rol biológico de las herencias morbosas en el delito del joven (...) ya a la excesiva influencia de secreciones endócrinas, y en lo social, a las situaciones marginales de pobreza, miseria, hacinamientos, áreas de delincuencia y, más tarde, a la gestación de las llamadas subculturas delictuales y enfermedades patológico-sociales.”³⁹ Al sacar al menor del Derecho Penal, se pretende extender este cambio a la misma terminología que a él hace referencia. La nueva pedagogía correctiva pugna por desterrar expresiones como delito y delincuencia tratándose de menores, para sustituirlas por otras con menor contenido de valor negativo como “niño o joven problema” o “niño o joven inadaptado” en lugar de delincuente y “conducta anormal, irregular o situación irregular” en vez de “delincuencia infantil o juvenil”. Por tal razón, sigue VIÑAS, “se despliega una muy intensa labor sobre los centros de estudios e

³⁷ IBIDEM, p. 35.

³⁸ IDEM.

³⁹ IDEM

investigaciones jurídicas, institutos de derecho penal y criminología, proyectos de leyes, etc., para instaurar en toda esta materia la idea central de una ayuda y de una pedagogía correctiva.”⁴⁰ Estos esfuerzos se concretan, en la labor legislativa, creando un cuerpo legal que compile todos los problemas que atañen al menor, desde el abandono hasta la delincuencia activa. Ejemplo de la aplicación de este sistema es la *Children Act* inglesa de 1908, la cual sirvió de base para muchos proyectos de códigos y publicaciones en otras naciones tanto europeas como americanas.

Puede considerarse que los nuevos Tribunales para menores eran una corte especial creada estatutariamente para determinar la categoría jurídica de los niños “problema”; su fundamento era la noción de *parens patriae*, por el cual estaban facultados para usar amplia discreción al resolver los problemas de ‘sus ciudadanos menores menos afortunados’. Anthony PLATT se refiere extensamente a este movimiento de reforma, según comenta: “la administración de la justicia para los menores difería en muchos aspectos importantes del proceso en una corte criminal. No se acusaba a un niño de un delito sino se le ofrecía ayuda y guía; se entendía que la intervención en su vida no le pondría el estigma de un antecedente penal; los expedientes judiciales no solían ponerse a la disposición de la prensa ni del público; y las audiencias se celebraban en un ambiente relativamente privado; los procedimientos eran informales y las salvaguardas del proceso debido no eran aplicables a la jurisdicción civil del tribunal. Los estatutos originales del tribunal para menores permitían a las cortes investigar una gran variedad de necesidades y de mal comportamiento de los menores.”⁴¹

El movimiento reformista propugnaba por eliminar las distinciones entre el niño delincuente y el desadaptado o desatendido. Se integraron definiciones estatutarias de “delincuencia”: 1) los actos que serían delincuencia si fueran cometidos por adultos, 2) los actos transgresores de las ordenanzas condales, citadinas o municipales y 3) las transgresiones de conceptos generales vagamente definidos, como “comportamiento vicioso o inmoral”, “incorregibilidad”, “holgazanería”, “lenguaje blasfemo o indecente”, “ser un vago”, “vivir con una persona viciosa o de mala fama”, etc., lo que indicaba la posibilidad de una conducta peor en el futuro si no se le ponía coto. Insistiendo en este punto, para PLATT el movimiento pro tribunales para menores fue más allá de un interés humanitario por el tratamiento especial de los adolescentes; se sujetaron al control oficial una serie de actividades juveniles que anteriormente habían sido pasadas por alto o manejadas informalmente, como la embriaguez, la mendicidad, el trotar por las calles, frecuentar salones de baile y de cine, las peleas, la actividad sexual, o andar fuera ya avanzada la noche, además de la incorregibilidad; de cierta manera, no debe considerarse casualidad que la mayoría de dichas actividades sujetas ahora a penalización por los ‘salvadores del niño’, fueran características de

⁴⁰ IDEM.

⁴¹ PLATT, Anthony M. op. cit., pp. 154-159.

los niños de familias inmigrantes de clase baja. De tal suerte, afirma PLATT, que: “el movimiento pro tribunales para menores era “antilegal” en el sentido de que alentaba una formalidad mínima de procedimiento y una dependencia máxima de los recursos extralegales. Los jueces estaban autorizados a investigar el carácter y los antecedentes sociales tanto de los niños “delincuentes” como de los “predelincuentes”. Examinaban la motivación personal tanto como la intención delictiva, tratando de identificar la personalidad moral de los niños problema. Los requerimientos de la penología preventiva y la redención del niño justificaban además la intervención del tribunal en casos donde no se hubiera cometido realmente ningún delito pero, por ejemplo, un niño planteaba problemas a alguna persona de autoridad, como el padre o la madre, el maestro o la trabajadora social.”⁴²

De tal suerte que el movimiento de ‘salvadores del niño’, como los llama PLATT, era encabezado más por doctores-consejeros que por abogados. Se esperaba que los ‘terapeutas judiciales’ trabaran una relación de uno a uno con los ‘delincuentes’, del mismo modo que un médico en el campo podía dedicar su tiempo y atención a un paciente favorito. La sala del tribunal estaba dispuesta como una clínica y el vocabulario de los participantes se componía en gran parte de metáforas médicas, como ‘no podemos conocer al niño sin un examen a fondo’; o “tenemos que llegar hasta la vida anímica del niño”. Dado que los delincuentes menores eran considerados niños desvalidos, necesitados de protección y de ayuda, “era importante que la sala, los funcionarios de la corte, los métodos rutinarios de operación y los fines últimos del tribunal para menores no se parecieran en nada a las cortes de policía de los tradicionales foros penales. Un tribunal ideal para menores debería asemejarse más a un saloncito o a un estudio que a una sala oficial de justicia.”⁴³

Así, los ‘salvadores del niño’, continúa PLATT, proponían que los aspectos paternos, equitativos y no penales de la audiencia estuvieran plasmados simbólicamente en la disposición material de la sala. “El juez debería estar sentado ante un escritorio, no un tribunal, para despertar ‘un espíritu de simpatía’ en el niño. Si el juez puede ocasionalmente “pasarle un brazo por los hombros y atraerlo a sí”, “ganará mucha eficacia sin perder nada de su dignidad judicial.”⁴⁴

En resumen, señala PLATT, “el sistema de tribunales para menores llamó la atención hacia (y al hacerlo “inventó”) nuevas categorías de desviación juvenil, en particular el modo de comportamiento en que el actor era visto como su propia “víctima”. Las distinciones organizacionales entre la policía y el poder judicial se reducían para que los salvadores del niño pudieran llevar adelante su labor de “salvamento” sin estorbos burocráticos. Los “delincuentes” eran cada vez más

⁴² IBIDEM, p. 160.

⁴³ IBIDEM, p. 161.

⁴⁴ IDEM.

enviados a las instituciones sobre la base de que su reforma era más probable si se les apartaba de padres “inmorales” y de un medio ambiente “vicioso”. Los jueces de tribunales para menores compartían la pasión misionera de los salvadores del niño y enfocaban su labor en términos médico-terapéuticos. En su afán de convencer a los delincuentes juveniles de que la corte buscaba sólo lo mejor para ellos, se mostraba simultáneamente amistosa y firme, y ofrecía la esperanza de una vida mejor sin renunciar a su posición de autoridad y poder.”⁴⁵

Pero no todo en el sistema tutelar era digno de elogio; con respecto a los detractores, comenta PLATT que, en los últimos cincuenta años, las críticas contra el sistema de tribunales para menores han sido emitidas por personas que expresan perspectivas ideológicas diametralmente opuestas. Para los “moralistas legales”, el tribunal de menores es un medio de lucha contra la delincuencia juvenil políticamente ineficaz y moralmente impropio. Los “constitucionalistas” consideran el tribunal para menores arbitrario, anticonstitucional, y violador de los principios de proceso imparcial. La primera opinión se refiere a la protección de la sociedad, y la segunda tiene que ver con la salvaguarda de los derechos del individuo.⁴⁶

El primer grupo, de los moralistas jurídicos, argumentan que es socialmente indeseable dejar que el comportamiento delictivo quede sin castigo. Según reseña el mismo PLATT, para los moralistas legales “los ciudadanos más ordinarios ven la delincuencia con “intolerancia, indignación y asco”; siendo la función propia de la ley dar una expresión ceremonial a esta revulsión moral. Así, “los moralistas jurídicos subrayan las importantes funciones psicosociales de la “justicia teatral”, predicadas fundándose en la capacidad expresiva del derecho penal para defender ritualmente los valores institucionalizados. El resentimiento de que dan muestras muchos abogados respecto del sistema de tribunal para menores encarna muchos de los rasgos tradicionales del moralismo jurídico: hay una vigorosa crítica de la ineficiencia del tribunal para menores en la “guerra contra el crimen”; una hostilidad implícita contra los rivales profesionales, y una grave desaprobación de las ideologías tolerantes. Aunque los moralistas jurídicos no preconizan necesariamente los castigos duros, su perspectiva teórica suele ser utilizada por los agentes encargados de hacer que se cumpla la ley, los que realizan campañas políticas y las organizaciones de la comunidad que buscan penas más severas o castigos corporales como solución al “problema del crimen”.⁴⁷

En el mismo sentido, los moralistas jurídicos “ven en el derecho penal la expresión simbólica de los valores institucionalizados violados por el delincuente, de modo que el castigo tiene una función educativa que une a todos los no delincuentes y conformistas en la “solidaridad emocional con la agresión”. El

⁴⁵ IBIDEM, p. 163.

⁴⁶ IBIDEM, p. 166.

⁴⁷ IBIDEM, p. 167.

castigo no intenta tener más valor instrumental que el de promover un sentido de solidaridad moral entre los ciudadanos. El tribunal para menores, de acuerdo con esta perspectiva, no logra hacer repelente la delincuencia para el menor como modelo de rol, y ha privado al derecho penal de su eficacia como instrumento de educación moral, porque no expresa formalmente la condenación del comportamiento antisocial.”⁴⁸

Por otra parte, los preconizadores de la perspectiva constitucionalista, expresan su escepticismo con relación a los fines humanitarios de los tribunales para menores, en especial, preocupados por la invasión de los derechos personales del menor con el pretexto de realizar beneficencia o rehabilitación; apoyando sus postulados en numerosos estudios de ciencias sociales. En este respecto, señala PLATT que: “los procedimientos informales y la confidencialidad en el tribunal para menores no defienden necesariamente a los jóvenes de las “ceremonias de degradación”. El tribunal para menores, no obstante cualquier intención de simpatizar con los problemas juveniles, está organizado estructuralmente para emitir juicios acerca del comportamiento social positivo y el negativo. La justicia para los menores es administrada por una autoridad políticamente constituida que se dirige a la mala conducta juvenil por la amenaza de coerción. Las sanciones judiciales pueden imponerse en el caso de conducta contraria o de actitudes contrarias, porque el tribunal para menores está autorizado a exigir ciertas formas de decoro moral y respuestas en la actitud, aun sin la presencia de una víctima social visible y sufriendo.”⁴⁹

Así, el término “delincuencia juvenil”, y sus implicaciones peyorativas, llega a tener en la desaprobación de la comunidad una significación tan dramática como la etiqueta de “criminal” a la que buscó reemplazar. “El sistema informal de comunicación entre escuela, entidad social y padres disemina el estigma por el mundo social del adolescente, y lo identifica así como “delincuente”, “perturbador” y “niño problema”. La filosofía benévola del tribunal para menores disimula a veces el hecho de que el delincuente es considerado como una “no persona” inmadura, “elemental” e incapaz de tomar decisiones eficaces para su propio bien y su futuro. Raramente se presta la debida atención al modo de sentir y experimentar al delincuente su predicamento. Los constitucionalistas arguyen que las instituciones para menores no son mejores, y en algunos casos son peores, que las prisiones para adultos. Por razones puramente utilitarias, los reformatorios son un triste fracaso en la disuasión del futuro comportamiento delincuente.”⁵⁰

La esencia de la argumentación constitucionalista, finaliza PLATT, es que “el sistema de tribunal para menores viola las garantías constitucionales de procedimiento legal y pone a los adolescentes la marca infamante de

⁴⁸ IBIDEM, p. 168.

⁴⁹ IBIDEM, p. 170.

⁵⁰ IBIDEM, p. 173.

“delincuentes”, con lo que realiza funciones semejantes a las de los tribunales penales.”⁵¹

C. El modelo garantista

Algunos aspectos cuestionables desde el punto de vista jurídico, como la supresión del debido proceso legal, la indeterminación de la sentencia, entre otros; motivaron con posterioridad severas críticas que generaron una nueva revolución de las ideas en esta materia.

A principios del siglo pasado, las principales corrientes doctrinarias que abordaron el tema de la delincuencia juvenil adoptaron la perspectiva de la denominada *doctrina de la situación irregular o de tutela pública*. Esto es, se pensaba que los niños y adolescentes que se encontraban en una situación de abandono podían ser sujetos de la intervención tutelar del estado para impedir que tal situación se convirtiera potencialmente en daño social. En la Declaración de Ginebra de 1928, se estableció que no debía hacerse distinción alguna entre los jóvenes que habían cometido una infracción penal y aquellos que se encontraban en circunstancias que exigían medidas de protección o programas de reeducación, por presentar problemas de conducta.

Con la emisión de la Declaración de los Derechos del Niño, se conforma la *doctrina de la protección integral del niño y de la niña*, la cual “asume como eje sistemático de construcción para la interpretación y creación de normas penales dirigidas a menores el principio axiológico fundamental del interés superior del menor.”⁵² Los nuevos principios impulsados, en los cuales se asienta el nuevo derecho para menores infractores, se desprenden del contenido de los artículos 37, 40 y 41 de la Convención sobre los derechos del niño; los cuales pueden agruparse en cuatro grupos: a) principios generales, b) principios de derecho penal sustantivo, c) principios procesal estructurales, y d) principios de debido proceso legal. Véamos brevemente en que consisten dichos principios:

a) Entre los principios generales se comprenden “el principio de vulnerabilidad social; el mandato de establecer leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para menores; el deber de trato humanitario y digno a los niños y niñas acorde con su condición de inmadurez y desarrollo; el principio que ordena la determinación exacta de una edad mínima y otra máxima de imputabilidad penal limitada; la prohibición de prisión perpetua y pena de muerte;

⁵¹ IDEM.

⁵² RÍOS ESPINOSA, Carlos. op. cit., p. 27.

el de asistencia de niños y niñas ni imputables; y el mandato de garantizar la comunicación del menor con sus familiares.”⁵³

b) Entre los principios de derecho penal sustantivo se incluyen: “la reserva de ley; el principio de culpabilidad; el principio de proporcionalidad entre la infracción y la medida; el principio de subsidiariedad en la regulación y aplicación del tratamiento; y el principio de aplicación oficiosa de la norma más favorables.”⁵⁴

c) Por lo que hace a los principios procesal-estructurales, entre ellos podemos mencionar: “el principio de jurisdicción; el principio de impugnación; el de protección contra actos de tortura y tratos crueles; el de respecto a la privacidad del menor en todas las fases del procedimiento; el de legalidad en cuanto a actos de molestia con motivo de la intervención punitiva; el de excepcionalidad de la detención durante el proceso; el de acceso a la jurisdicción de protección de garantías constitucionales.”⁵⁵

d) Dentro de los principios del debido proceso legal, se incluyen: “el principio de presunción de inocencia, el de no autoincriminación, el de defensa, de intérprete y de pronta asistencia jurídica y social.”⁵⁶

III.- EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO PENAL DE MENOR INFRACTOR EN EL DERECHO ESPAÑOL.

Por lo que hace al ámbito de la historia jurídica española, no se presenta un tratamiento penal específico destinado a los menores infractores, sino hasta mediados del siglo XVIII; previamente, según refiere LANDROVE DÍAZ, “en el contexto de un Derecho penal retribucionista y expiatorio, el menor infractor ha quedado sometido –desde edades muy tempranas- a las mismas normas que regulaban la responsabilidad criminal de los adultos; en el mejor de los casos, simplemente se suavizaba el rigor de las sanciones.”⁵⁷

Si bien, la aplicación de un criterio específico para menores infractores como es el del *discernimiento*, no se sistematiza sino hasta el proceso de codificación de mediados del siglo XIX; previamente, destaca la presencia de instituciones como el llamado *Padre de Huérfanos de Valencia* establecido en el siglo XIV; figura con tintes religiosos y filantrópicos, encargada no sólo de la asistencia de menores en

⁵³ IDEM.

⁵⁴ IBIDEM, p. 28.

⁵⁵ IBIDEM, p. 29.

⁵⁶ IDEM.

⁵⁷ LANDROVE DÍAZ, Gerardo. **Introducción al Derecho penal de menores**. 2ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, España, 2007, p. 29.

situación de abandono, sino también del castigo a jóvenes infractores. Al respecto, Fátima PÉREZ JIMÉNEZ apunta que: “en nuestro país, es un hito muy importante en la historia del menor inadaptado la figura del Padre de Huérfanos de Valencia, instituida en 1337. Tenía jurisdicción propia con una doble función: una de tipo asistencial y otra de carácter represivo, conociendo y juzgando las situaciones de menores vagabundos y delincuentes (...) Esta institución, que subsistió hasta el siglo XVIII, se extendió a diversas ciudades de Castilla y Navarra. Coincidió en sus últimos tiempos con la obra de carácter privado del hermano Toribio Velasco de Sevilla (1725), que comenzó recogiendo niños para darles cobijo y terminó creando un hospicio e el que se realizaba una actividad docente con los muchachos.”⁵⁸

Con el proceso de codificación, se fijan en el ordenamiento penal los postulados del criterio del discernimiento, estableciéndose, como veíamos anteriormente, varias etapas para determinar la minoría de edad penal. En el caso de la legislación española, el primer Código Penal, de 1822, establecía sólo dos períodos: se fija el límite inferior de total irresponsabilidad penal en los siete años; y entre los siete y los diecisiete años, se prevé la evaluación de si el menor había obrado con o sin discernimiento, para entregarlo a sus padres o a una casa de corrección; o imponer una pena atenuada, cuando se mostrase que había actuado con discernimiento y aún con malicia.⁵⁹

Los Códigos penales de 1848 y 1870, establecen la irresponsabilidad plena para los menores de nueve años; un nivel de responsabilidad condicionada a la evaluación del discernimiento para los menores de entre nueve y quince años; y un período de responsabilidad penal atenuada, de los quince a los dieciocho años. Al respecto, reseña Landrove Díaz: “el Código Penal de 1870 –de la misma forma que el anterior, de 1848, declaraba exento de responsabilidad criminal al menor de nueve años y al mayor de dicha edad, pero menor de quince, a no ser que se hubiere obrado con discernimiento (...) Para los mayores de quince años pero menores de dieciocho estaba prevista la imposición de la pena inmediatamente inferior a la legalmente establecida para los adultos.”⁶⁰

Posteriormente, como reseñamos en el epígrafe anterior, desde fines del siglo XIX y comienzos del XX, opera una honda transformación en las instituciones jurídicas relativas a la minoridad; guiadas por la tendencia de sacar al menor del Derecho penal; sometiéndolo a un amplio espectro de medidas de carácter *correcional*, tendientes a lograr la educación moral, intelectual y física del menor;

⁵⁸ PÉREZ JIMÉNEZ, Fátima. **Menores infractores: Estudio empírico de la respuesta penal**. Tirant lo blanch, Valencia, España, 2006, p. 31.

⁵⁹ Cfr. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, María Isabel. **Minoría de edad penal y Derecho penal juvenil**. Ed. Comares, Granada, España, 1998, Biblioteca Comares de Ciencia Jurídica, p. 76.

⁶⁰ LANDROVE DÍAZ, Gerardo. op. cit., p. 30.

movimiento, que ha culminar en el establecimiento de *Tribunales* de justicia para menores.

Entre los antecedentes a medias entre las tendencias tutelar-correccionalistas y la protección a los infantes abandonados desde una perspectiva de mera beneficencia; se encuentran la ley de 6 de febrero de 1822, junto con otros decretos reales relativos a la construcción de asilos e instituciones de amparo a los menores en situación de abandono; así como la creación del Consejo superior de protección a la infancia y represión de la mendicidad.⁶¹ Más adelante, además de los múltiples esfuerzos de carácter privado, por medio de establecimientos con tintes caritativos atendidos generalmente por grupos religiosos; fue creado en 1888 el internado de Alcalá de Henares, al cual se enviaban los jóvenes varones con menos de veinte años, que hubiesen sido condenados por los tribunales. Esta institución, se transformó a comienzos del siglo XX en Escuela de reforma y corrección, creada específicamente para evitar el contacto entre los jóvenes y los adultos, en base a un régimen de disciplina, trabajo e instrucción.⁶²

Los principales teóricos del movimiento *correccionalista*, fueron Concepción ARENAL, Luis SILVELA y Félix de ARAMBURU Y ZULOAGA, además de DORADO MONTERO; éste último, principal impulsor de la llamada *Pedagogía correccional*, pugnaba por la supresión definitiva de las penas, reemplazándolas por medidas para tratar, educar y corregir; el tratamiento, no debía tener una duración determinada, sino que debía medirse con base en los resultados alcanzados.⁶³ Otro jurista notable, como CUELLO CALÓN, consideraba que el paso hacia el sistema tutelar y educativo tenía dos aspectos: “el primero, sentimental y humanitario que imponía el deber de cuidar a los menores que no habían podido escoger unas circunstancias favorables y que, por tanto, los hacía irresponsables de sus actos. El segundo, un aspecto utilitario ya que el dinero invertido en redimir a un menor en peligro moral y delincuente ahorraría mayores sumas en el porvenir.”⁶⁴

Con el fin de analizar la reforma penitenciaria llevada a cabo en Norteamérica, se realizaron dos Congresos Penitenciarios nacionales en 1909 y 1914; las posiciones expresadas en éstos, junto con las opiniones de los juristas, extendieron el debate a las esferas legislativas. Un primer proyecto de iniciativa fue redactado en 1912; en la exposición de motivos del documento, se afirmaba que “España no podía constituir una dolorosa excepción en el empeño tan honroso como el que significaba la especialización de las jurisdicciones para con los niños delincuentes”. Tras otros proyectos presentados en 1915 y 1917, se

⁶¹ Cfr. PÉREZ JIMÉNEZ, Fátima. op. cit., p. 38.

⁶² IBIDEM, p. 31.

⁶³ IDEM.

⁶⁴ Citado en IBIDEM, p. 33.

concretó finalmente el 2 de agosto de 1918 el primer ordenamiento español basado en el paradigma tutelar, conocido como Ley de Bases, desarrollada por el Real Decreto de 25 de noviembre de 1918 y complementada con el Reglamento de 16 de julio de 1919.⁶⁵

Con esta legislación, como apunta María Isabel SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, “se inicia un nuevo periodo en el tratamiento del menor delincuente, en cuanto constituyen el primer paso para substraerlos del Derecho Penal de adultos mediante la creación de una jurisdicción especial que aplica también medidas especialmente adaptadas a ellos e inspiradas, en términos generales, en finalidades no retributivas o intimidativas sino preferentemente educativas y protectoras.”⁶⁶

Ello, atendiendo a que como vimos anteriormente, el movimiento de los *salvadores del niño*, además de pretender cambiar el mero *castigo* por la *corrección* dada preferentemente a través del trabajo y la educación para los menores que ya hubieran cometido infracciones; buscaba prevenir que otros menores en situación de riesgo, legasen a incurrir en conductas antisociales.

El modelo de Tribunales especiales para niños impulsado por esta ley, que seguía en buena medida a la legislación belga de 1912; pretendía el establecimiento de Tribunales en todas las capitales de provincia y en las cabezas de partido en que ya existían establecimientos específicamente dedicados a la educación de la infancia abandonada y delincuente. Los primeros establecimientos surgieron en Bilbao, Barcelona, Zaragoza y Tarragona; más tarde iniciaron su actividad los de Valencia, Pamplona, Almería, Granada y Madrid. Principalmente, el Tribunal se integraría por un Juez de primera instancia; y por dos vocales, quienes debían tener experiencia pedagógica o conocimientos profesionales que fuesen idóneos para el desempeño de la función tuitiva. La competencia del Tribunal se extendería no sólo al conocimiento de todos los delitos y faltas cometidos por menores de quince años (facultad reformadora), sino también a la protección de los mismos cuando se encontraren abandonados o en peligro (facultad protectora).⁶⁷

Justificándose en esta función *protectora*, el Tribunal gozaba de amplias facultades discrecionales, pudiendo intervenir incluso en el caso de menores de nueve años, que considerase se encontraban en situación de abandono o riesgo. Esta falta de seguridad jurídica, es una de las principales críticas que con el curso de los años surgieron con relación al modelo tutelar.

⁶⁵ IBIDEM, p. 39.

⁶⁶ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, María Isabel. op. cit., pp. 97-98.

⁶⁷ Cfr. LANDROVE DÍAZ, Gerardo. op. cit., p. 31.

Para la década de los veinte, se impulsaron reformas al sistema; el Real Decreto-ley de 15 de julio de 1925, sobre organización y atribuciones de los Tribunales tutelares para niños, trató fundamentalmente de subrayar la dimensión educativa de la institución, extendiendo su competencia, por razón de la edad, hasta los dieciséis años del infractor. Cuatro años más tarde, el Real Decreto-ley de 3 de febrero de 1929, sobre organización y atribuciones de los Tribunales tutelares de menores, supuso una armonización de este ámbito con las previsiones del Código penal de 1928; estipulando además una ampliación de la competencia correctora de la institución.⁶⁸

En el nuevo ordenamiento punitivo de 1928, se elimina el criterio del discernimiento, como factor a evaluar para determinar el grado de responsabilidad del menor; y se adopta el modelo vigente en la actualidad, de establecer un límite para la minoría de edad penal, por debajo del cual se afirma la total irresponsabilidad, o bien, la *inimputabilidad*. Este límite, en el caso del Código de 1928, eran los dieciséis años. Todo menor por debajo de esa edad, quedaba sometido a la jurisdicción de los Tribunales Tutelares de menores.⁶⁹

Dada su amplia jurisdicción, los Tribunales, como ya mencionamos, intervenían no sólo con medidas educativo-correctivas para los menores que hubiesen realizado conductas propiamente ilícitas; sino también, por medio de medidas protectivo-tutelares para los infantes que se considerasen en situación de riesgo o abandono, o aún con posibilidades de llegar a delinquir; pudiendo inclusive, intervenir en el ámbito familiar, asumiendo la guarda y custodia de los hijos cuyos padres se juzgasen negligentes.

Así, a su jurisdicción, se sometían los siguientes hechos: a) las acciones y omisiones atribuidas a los menores antes de cumplir los dieciséis años que el Código penal o las leyes especiales calificaren como delitos o faltas; b) los casos de menores que se entregaren a la prostitución o a la vida licenciosa, o se dedicaren a vagabundear, siempre que a juicio del tribunal requirieren el ejercicio de la facultad reformadora; c) ciertas faltas cometidas por mayores de dieciséis años contenidas en el Código penal o en la legislación especial relativa a los ejercicios peligrosos de los menores o a su utilización para la mendicidad; y d) los casos en los cuales, poseían facultades para suspender los derechos de padres o tutores a la guarda y educación del menor de dieciséis años en los casos de malos tratos, órdenes, consejos o ejemplos corruptores.⁷⁰

El modelo de los tutelares de menores se enfrentó inicialmente, en la práctica, a diversas dificultades; algunas de carácter presupuestario, que no permitieron la creación de establecimientos en cada provincia; otras, en cuanto a

⁶⁸ IBIDEM, pp. 32-33.

⁶⁹ Cfr. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, María Isabel. op. cit., p. 77.

⁷⁰ Cfr. LANDROVE DÍAZ, Gerardo. op. cit., p. 34.

recursos humanos, pues dado que los cargos no eran retribuidos económicamente, resultaba difícil encontrar los perfiles personales necesarios, de auténticos pedagogos comprometidos con la infancia, que postulaba el sistema en teoría; y en tercer punto, respecto a la poca respuesta social al sistema, pues resultó difícil lograr el reacomodo de los infantes; era hasta cierto punto previsible, que pocas familias aceptaran recibir menores provenientes de familias problemas con tendencias antisociales.

Según reseña Fátima PÉREZ, “una de las dificultades con las que se topó la práctica de la ley fue el hecho de encontrar delegados del juez que ejercieran acertadamente su misión, dadas las cualidades físicas y morales que reclaman y de los peligros que les amenazan. Además, se necesitaba un gran número de ellos y la ley establecía que el cargo no sería retribuido. Otro de los escollos fue el poder entregar al menor a otra persona extraña para su cuidado, puesto que se encontraran pocas familias que solicitaran tal admisión. Tampoco las sociedades tutelares eran numerosas, ni las escuelas de reforma ni los reformatorios.”⁷¹

La ley de 1918 fue reformada en 1948, por el Decreto de 11 de junio, que aprobó el Texto refundido de la Ley de Tribunales tutelares de menores. El texto, en esencia, se mantuvo sin alteraciones; siguiendo los postulados de los planteamientos positivistas y correccionalistas dominantes a principios del siglo XX.

Los Tribunales tutelares, continuarían trabajaban en torno a su doble facultad: protectora, para los menores en riesgo; y jurisdiccional, por con miras a la corrección y la reforma de los menores delincuentes. Triple función, según LANDROVE DÍAZ, “protectora de los menores de dieciséis años contra el indigno ejercicio del derecho a la guarda y protección, en los casos de malos tratos y consejos o ejemplos corruptores; de enjuiciamiento de mayores de dieciséis años por determinadas faltas perpetradas contra menores; reformadora, para educar y tutelar a todos los menores de dieciséis años -sin límite mínimo de edad- que hubieren realizado conductas calificadas como delitos o faltas en la legislación penal o constituyeren infracciones contempladas en las leyes provinciales y municipales, y conocer de los casos en que se tratare de menores prostituídos, licenciosos, vagos o vagabundos.”⁷²

Como sucedió en otras naciones, en España se alzaron las voces en contra del sistema de Tribunales de menores; las críticas fueron similares a las que ya mencionamos con anterioridad, el que en aras de desempeñar una función educativa y de protección, ajena totalmente al derecho penal, se dejara al menor en manos del ejercicio discrecional de facultades de parte de los jueces del Tribunal de menores; la ausencia de garantías mínimas de proceso, la falta de

⁷¹ PÉREZ JIMÉNEZ, Fátima. op. cit., p. 41.

⁷² LANDROVE DÍAZ, Gerardo. op. cit., p. 36.

precisión en cuanto a la duración y términos de las medidas, entre otras irregularidades que descubrían al modelo impulsado a principios del siglo XX por los *salvadores del niño*, tras varias décadas de funcionamiento; como un esquema arbitrario que en la mayoría de los casos, confinaba al menor a instituciones reformadoras o correccionales para cumplir medidas con objetivos poco claros, estigmatizándolo como probable o futuro delincuente.

Lo anterior, sin olvidar que el modelo tutelar, en un principio, había obedecido al noble propósito humanitario de sacar a los niños y jóvenes de las cárceles de los adultos, con el fin de reformarlos o corregirlos, por medio de instituciones con base esencialmente pedagógica. Las intenciones eran loables, el uso abusivo vino de parte de las autoridades facultadas, que olvidaron el afán educativo, dando importancia únicamente al aspecto confinatorio y aislacionista de la institución.

Como refiere Fátima PÉREZ, respecto al reformatorio; éste “se convirtió en un establecimiento que provocaba exclusión y que a menudo transformaba al menor en aquello que había justificado su creación, un adulto delincuente. El chantaje del reformatorio se cernió sobre aquellos jóvenes rebeldes a las autoridades sociales y familiares (...) las instituciones para menores fueron instancias que, en el caso español, reforzaron los principios de unas minorías sobre el conjunto de una población privada de los derechos más elementales. Así, culminó un proceso de adquisición de un estatuto diferenciado de los adultos respecto a la infancia y la juventud.”⁷³

En la misma línea de crítica respecto al modelo tutelar, atendiendo a la falta de garantías jurídicas mínimas para el menor, SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ describe el esquema tutelar aduciendo que: “el modelo tutelar se caracteriza por sustraer al menor que delinque al Derecho Penal general y someterlo a Tribunales especiales y a un procedimiento especial. Ahora bien, ni el Tribunal lo es propiamente, pues no tiene que formar parte de él necesariamente un juez, ni el proceso debe respetar las garantías judiciales mínimas. La competencia sobre los menores es amplia, alcanza no sólo a los autores de un delito, sino a todos aquellos de conducta desviada. El menor es sometido a un tratamiento reeducador y corrector, siempre separado de los adultos y de su medio habitual. La medida fundamental es la de internamiento en un centro reformatorio por tiempo indeterminado. Quiebra también, pues, el principio de legalidad en lo que se refiere a la determinación de la sanción.”⁷⁴ Y concluye la autora, citando a GONZÁLEZ ZORRILLA, que “la ideología protectora y reeducativa ha servido desde sus comienzos como coartada ideológica para dejar al margen de la jurisdicción de menores todo el complejo sistema garantista que rige en las demás jurisdicciones.”⁷⁵

⁷³ PÉREZ JIMÉNEZ, Fátima. op. cit., p. 42.

⁷⁴ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, María Isabel. op. cit., pp. 101-102.

⁷⁵ IBIDEM, p. 102.

El modelo resultó incompatible con la nueva Constitución promulgada en el año de 1978. Ello, atendiendo principalmente a la estructuración, los aspectos procesales y el amplio ámbito competencial que caracterizaba a los Tribunales de menores. Según LANDROVE DÍAZ, se trata de los aspectos *organizativo, competencial y del procedimiento*.⁷⁶ La existencia de los Tribunales de Menores iba en contra de diversos principios del nuevo orden constitucional; en el aspecto estructural, el principio de unidad jurisdiccional, como base de la organización y funcionamiento de los tribunales, según el cual, los jueces y magistrados constituyen un cuerpo único y monopolizan la administración de justicia, debiendo ejercitarse la acción penal por el Ministerio Fiscal.⁷⁷ No siendo así en el caso de los Tribunales de Menores, que funcionaban como órganos *sui géneris*, independientes del resto sistema judicial y con un monopolio competencial respecto a las causas de menores infractores.

Asimismo, en el ámbito procesal, la nueva Constitución consagra el *habeas corpus*, así como los derechos a una defensa y asistencia letrada; a ser informado sobre los motivos de la detención; a un proceso público; a la presunción de inocencia; al carácter público del procedimiento; estableciendo además la exigencia de motivación para las sentencias.⁷⁸ Garantías y derechos que no eran respetadas por los Tribunales dentro de sus procedimientos.

Así, nos damos cuenta que por lo que hace a las concepciones del menor infractor; el modelo tutelar, atendiendo a sus intenciones educativas, había convertido la categoría de *menor infractor*, de una construcción jurídica, a una idea con tintes psicológicos y sociológicos. En aras de ese ideal de *sacar al menor del Derecho Penal*, se le había sustraído en la práctica no sólo del ámbito punitivo, sino de todo derecho; limitándose el ordenamiento a disponer que la atención del menor -no sólo del infractor- recayese en la aplicación discrecional de medidas y tratamientos de parte de especialistas en pedagogía y psicología, que no siempre lo eran, olvidando la necesaria determinación que se exige dentro del marco jurídico cuando se trata de imponer medidas que restringen la libertad y otros derechos de la persona, como lo era el internamiento en las instituciones reformativas.

La ley refundida de 1948, a pesar de contravenir en esencia la nueva Constitución, se mantuvo vigente y con eficacia durante varios años. Según el mismo LANDROVE DÍAZ, “al desatenderse demasiado tiempo la necesidad de adaptar la normativa reguladora de los Tribunales tutelares de menores al Texto constitucional de 1978, se siguió aplicando una regulación inconstitucional –al menos en parte- y por unos órganos de dudosa legitimidad. Paradójicamente, y a

⁷⁶ LANDROVE DÍAZ, Gerardo. op. cit., p. 42.

⁷⁷ Cfr. IBIDEM, p. 41.

⁷⁸ Cfr. IBIDEM, pp. 41-42.

la vista de una reprobable pereza legislativa que no ponía fin a tal estado de cosas, otra solución hubiese paralizado de manera fulminante toda actividad jurisdiccional en la materia.”⁷⁹

La Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985, inició el retrasado proceso de reforma. Los Tribunales tutelares pasaron a ser Juzgados de Menores, integrándose a la organización judicial, bajo un nuevo sistema de jurisdicciones territoriales. Respecto a la competencia, se esclareció que les correspondía atender todos aquellos casos de menores que hubieren incurrido en conductas tipificadas por la ley como delitos o faltas; pero se mantuvo el error de extender discrecionalmente su ámbito de competencia, al mantenerles como facultados para todas otras aquellas situaciones relacionadas con los menores que les atribuyeran las leyes; ratificando con ello las funciones asistenciales y de protección que habían venido desempeñando ampliamente.

No obstante, se logró separar ambas funciones, atribuyendo las intervenciones asistenciales a otras instituciones. Siguiendo a LANDROVE DÍAZ, “se desgajó la función de *reforma* de la de *protección*. Esta última se atribuyó a las entidades públicas (...) que, en el respectivo territorio, tuvieren encomendada la tutela de los menores que se encontraren en situación de desamparo”.⁸⁰

En la actualidad, la atención de los menores en situación de *desamparo*, se regula por la materia administrativa y la civil. El principal ordenamiento, es la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de Modificación Parcial del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La ley, se basa en tres principios básicos al ejercer la protección de menores: a) el interés del menor; b) el carácter puramente educativo de las medidas; y c) una interpretación restrictiva de las limitaciones a la capacidad de los menores.⁸¹

Con las modificaciones de 1985, el modelo tutelar *revisado* siguió vigente algunos años más. Es con la Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de febrero de 1991, por la cual se declara inconstitucional el artículo 15 de la Ley de 1948, por excluir la aplicación de reglas procesales; explícitamente, las garantías del artículo 24 constitucional. Con este dictamen, se urge a iniciar un proceso legislativo que de origen a un nuevo instrumento legal para la materia.

A la luz del modelo garantista que va imponiéndose en otras naciones, la legislación española busca ahora reconvertir al menor infractor, ante todo en un sujeto jurídico, que si bien, por las características que se basan en un límite de edad, está exento de ser sometido a un proceso de naturaleza penal; es ante todo

⁷⁹ IBIDEM, p. 42.

⁸⁰ IBIDEM, p. 43.

⁸¹ SERRANO RUIZ-CALDERÓN, Manuel (coord.). **Los menores en protección**. Ed. Grupo Difusión, Madrid, España, 2007, p. 123.

titular de derechos y garantías, que deben establecerse adecuadamente en la norma, y prefijar toda aquella intervención pública a que se vea sujeto por haber incurrido en la conducta que se considera infractora.

Es evidente, que el menor, por encontrarse apenas en desarrollo psíquico, no puede someterse a las mismas leyes que los adultos. Según MENDIZÁBAL OBES, “durante la minoría de edad, la libertad es meramente potencial, porque, naturalmente, se ve reducida al ámbito de los principios y, de hecho, se encuentra sustituida por la afectividad. Las coordenadas en que se desenvuelve la vida de los menores son radicalmente diferentes a las que existen para los mayores. De ahí que no sean coincidentes sus respectivos mundos, ni sea posible transportar las normas que rigen en el mundo adulto al ámbito de los menores.”⁸² Ello no implica, no obstante, llegar al extremo cometido por el modelo tutelar, de sacar al menor no sólo del ámbito de aplicación de la norma penal, sino marginarlo también de todo el sistema de garantías jurídicas cuyo respeto se exige para cualquier actuación de un ente público.

Así, se pugna por la creación de un “sistema de garantías adecuadas a la pretensión procesal, asegurando que la imposición de la sanción se efectuará tras vencer la presunción de inocencia.”⁸³

Con miras a enmendar el vacío legal que había dejado la declaración de inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional, se emitió el 5 de junio de 1992 la Ley Orgánica sobre Reforma de la Ley reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de menores, reformando de nueva cuenta la Ley de 1948. El ordenamiento, que obedecía a una situación de auténtica emergencia legal, abría el camino para que se diese una auténtica renovación legislativa de la materia; pues abiertamente se consideraba como provisional.

Además de atender las cuestiones procesales y de reconocimiento de garantías al menor que habían sido ignoradas; incorporó el criterio del *interés del menor*, como base para la aplicación de la medida, estableciendo asimismo límites temporales a ésta, que como habíamos señalado, en el modelo tutelar, podía imponerse por tiempo indeterminado.

LANDROVE DÍAZ apunta que esta Ley fue calificada en su conjunto de insuficiente e insatisfactoria. “*Insuficiente*, porque supuso seguir ignorando la urgente necesidad de una reforma global de la normativa de menores; *insatisfactoria*, porque contenía innumerables y graves defectos, fruto de la improvisación. La opción de reformar, simplemente, la legislación anterior en vez

⁸² MENDIZÁBAL OSES, Luis. **Derecho de Menores. Teoría General**. Ediciones Pirámide, Madrid, España, 1977, p. 61.

⁸³ RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro. **Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores. Especial análisis de la reparación del daño**. DIJUSA Editorial, Madrid, España, 2005, p. 38.

de proceder a la promulgación de una ley de nueva planta generó disfunciones y discordancias, sobre todo porque la filosofía subyacente en la reforma resultaba antagónica, en muchas ocasiones, de la que había inspirado la normativa de 1948.⁸⁴

La edad penal, continuaba fija, según el Código Penal vigente, en los dieciséis años. Por debajo de ella, y hasta el tope inferior de doce años, tenían competencia los Juzgados de menores.

Con todo y el ya referido carácter provisional de la norma, pasarían ocho años para que se emitiera la ley hoy vigente. Previamente, el Anteproyecto de Ley orgánica penal juvenil y del menor, presentado en 1995, destaca por establecer una diferencia entre *menor* y *joven*. Hay irresponsabilidad plena por debajo de los trece años; se es menor de los trece a los dieciséis; y joven, de los dieciséis a los dieciocho años. Para tasar la responsabilidad de menores y jóvenes, se atiende a un sistema mixto biológico-psicológico; el cual, se entiende, además de considerar la edad del infractor, toma en cuenta su capacidad para comprender la ilicitud del hecho y actuar de acuerdo a esa comprensión. Inclusive, es viable que la competencia de las instituciones de menores se extienda a un intervalo excepcional, entre los dieciocho y los veintiún años, atendiendo al grado de madurez del autor.⁸⁵

Esta última categoría, que es conocida en la doctrina como la de los *jóvenes adultos*; fue incluida en el texto original de la ley vigente actualmente, Ley Orgánica de 12 de enero de 2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores; previéndose en el artículo cuarto de la misma, la posibilidad de que el régimen de responsabilidad previsto por la ley pudiera aplicarse a las personas mayores de dieciocho años y menores de veintiuno, atendiendo al grado de madurez del infractor, tratándose de casos no graves y de no reincidentes.

Este régimen novedoso resultaba a nuestro juicio positivo, pues abría la posibilidad de considerar como menores, según su grado de madurez, a jóvenes de hasta 21 años, siguiendo con ello los postulados psicológicos modernos que señalan que el ser humano no alcanza un desarrollo en su psique completo sino hasta más allá de los veinte años. Para POLAINO NAVARRETE, cabía aún la posibilidad de extender el régimen hasta los 22 años. Así, el autor expresaba que las directrices político-criminales tienden a ampliar y flexibilizar los márgenes de la minoría de edad penal. Puesto que el Derecho penal de menores es sensiblemente superior en su función preventivo-especial al Derecho penal tradicional de adultos delincuentes, no existen mayores reparos en ampliar los límites de equiparación de los mayores de 18 años de edad, para conseguir una mejor respuesta al tratamiento jurídico-penal aplicables a los mismos en ejecución

⁸⁴ LANDROVE DÍAZ, Gerardo. op. cit., p. 47.

⁸⁵ Cfr., SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, María Isabel. op. cit., p. 124.

de sentencia firme en el orden jurisdiccional criminal. De otro lado, las carencias protectoras civiles de menores de 14 años implicados en conflictos típicos puede asimismo aconsejar la expansión tuitiva de los intereses del menor y el sometimiento del mismo a tratamientos educativos especializados. Desde esta perspectiva, no habría inconvenientes político-criminales en configurar un nuevo marco de vigencia de la legislación penal del menor, de modo que ésta pudiera abarcar a menores y jóvenes comprendidos entre 12 y 22 años edad, con garantía de estricta proporcionalidad en la asignación y graduación de aquellas medidas que, por su naturaleza, provean la mejor asistencia técnica institucionalmente disponible para menores y jóvenes, individualizada a través de programas educativos especializados de socialización personal y prevención criminal.⁸⁶

Esta posibilidad, fue suprimida definitivamente por la Ley Orgánica de reforma 8/2006, de 4 de diciembre de ese año; atendiendo a un criterio de alarma social ante el incremento de la delincuencia de menores. Es la irrupción en el ámbito del Derecho de menores, del que Günther JAKOBS denominara como *Derecho penal del enemigo*; caracterizado en este ámbito, según POLAINO-ORTS, por una disminución en la libertad del menor, una desvalorización de su interés superior, en aras de responder a la *gran preocupación social* y a la *falta de credibilidad en la ley* que motiva el auge de la delincuencia.⁸⁷

Estos criterios, refuerzan las posturas que en últimos tiempos las posturas, ven con buenos ojos la consideración del Derecho de menores infractores como un auténtico Derecho de orden *punitivo*. Así, DE URBANO CASTRILLO señala que: “El derecho penal de menores se configura con el mismo marco normativo sustantivo que el de adultos, esto es CP y leyes penales especiales. Por su parte, debe quedar claro que “el proceso penal de menores es un verdadero proceso penal”.⁸⁸ Así las cosas, la “Especialidad de la justicia juvenil radica en el aspecto procesal, integrado por la LORPM, su Reglamento y demás normas, especialmente de orden internacional, aplicables.”⁸⁹

Por nuestra parte, nos negamos a aceptar esta concepción según la cual, el destino del Derecho de Menores infractores no es ser sino una especialidad más de la justicia de orden penal. Ello, porque los nuevos postulados que parecen garan prioridad en el Derecho de menores, son contrarios a los instrumentos internacionales que consagran los derechos del niño y su interés superior.

⁸⁶ Cfr. POLAINO NAVARRETE, Miguel. **La Minoría de Edad Penal en el Código Penal y las Leyes Orgánicas 5 y 7/2000**. Documento multicopiado.

⁸⁷ Véase al respecto, POLAINO-ORTS, Miguel. “La irrupción del Derecho penal del enemigo en la legislación penal de menores”. En **Crónica Jurídica Hispalense**. Tirant lo blanch, Sevilla, España, no. 5/2007, pp. 319-374.

⁸⁸ DE URBANO CASTRILLO, Eduardo y DE LA ROSA CORTINA, José Miguel. **La responsabilidad penal de los menores**. Thomson Arazandi, Navarra, España, 2007, p. 28.

⁸⁹ IDEM.

En este sentido, Octavio García Pérez claramente señala que la reforma del 2006 “no cumple con la obligación asumida por el Estado español al firmar la Convención de los derechos del niño, pues se pretende potenciar la medida de internamiento cuando este tratado internacional exige que sólo se aplique como último recurso”,⁹⁰ ello, entre otros aspectos, pues en muchos otros puntos, la reforma “sigue un camino contrario al que marcan otros textos internacionales que, aún cuando no tienen carácter vinculante, deberían inspirar las actuaciones gubernamentales.”⁹¹

Tanto la ley de 2000 como la reforma de 2006 serán comentadas en el Capítulo respectivo. Tras haber analizado la concepción penal de menor infractor dada a lo largo de la evolución legislativa española; señalamos que a nuestra consideración, el criterio jurídico vigente para definir al menor infractor es el biológico; atendiendo a que la categoría de menor infractor, se define en torno a al irrestricto criterio de la edad del sujeto. Otros ámbitos de valoración, como es la madurez psicológica, la capacidad de comprender el acto, etc., no sirven para fijar la minoría de edad penal actualmente, sino para graduar la responsabilidad del menor y la medida que ha de imponerse.

IV.- EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO PENAL DE MENOR INFRACTOR EN MÉXICO

En este apartado haremos un breve esbozo de las diversas concepciones que sobre el menor, y su conducta, se han tenido a lo largo de la historia mexicana; atendiendo en la medida de lo posible, dada la amplitud que suele darse al tema en las discusiones actuales, no sólo a los aspectos estrictamente jurídicos, sino a las condiciones y factores sociológicos y económicos, entre otros, que, como hoy se sabe, influyen notoriamente en la gestación de la criminalidad infantil.

Es conocida la severidad de los derechos penales precolombinos, siendo muy comunes las penas corporales, y aún la de muerte. Por lo que hace al derecho penal maya, consideraba como una atenuante de responsabilidad la minoría de edad. “En caso de homicidio, el menor pasaba a ser propiedad (como esclavo ‘*pentak*’) de la familia de la víctima, para compensar laboralmente el daño causado. El robo era un delito grave (...) los padres del infractor debían reparar el

⁹⁰ GARCÍA PÉREZ, Octavio, “La introducción del modelo de seguridad ciudadana en la justicia de menores”. En SOLA RECHE, Esteban, et. al. (eds.). **Derecho penal y psicología del menor**. Ed. Comares, Centro de Estudios Criminológicos, Universidad de la La Laguna, Granada, España, 2007, Biblioteca Comares de Ciencia Jurídica, p. 55.

⁹¹ IDEM.

daño a las víctimas, y de no ser posible, el menor pasaba a ser esclavo hasta pagar la deuda.”⁹²

La cultura azteca daba un lugar esencial a la educación de los menores; su organización social se basaba en el núcleo familiar patriarcal, los padres tenían patria potestad sobre sus hijos y derecho de corrección, pero se les negaba el derecho de vida o muerte sobre ellos. En el caso de menores incorregibles, podían venderlos como esclavos. A pesar de la severidad de la educación, es notable el respeto y la protección que se otorgaba a los menores; consideraban que todos los hombres nacían libres, aún los hijos de esclavos, y veían con repudio la venta de niños ajenos, castigando este delito, junto con el rapto de infantes, con la pena de muerte.

Todos los menores de diez años estaban excluidos de responsabilidad penal. Para quienes tuviesen entre diez y quince años, su minoría era considerada un atenuante de la penalidad. A los quince años, los jóvenes dejaban el hogar familiar, para asistir a los colegios a recibir educación religiosa militar y civil, dependiendo de la clase social a la cual pertenecieran (*Calmécac* para los nobles, *Telpochcalli* para los plebeyos). Debe mencionarse que los aztecas tenían tribunales especializados para menores, los cuales residían en las escuelas. “Estaban divididos en dos, según el tipo de escuela: en el *Calmécac*, con un juez supremo, el *Huitznahuatl*, y en el *Telpuchcalli*, donde los *telpuchtatlas* tenían funciones de juez de menores.”⁹³

Existían ciertas conductas antisociales de los menores con penas muy específicas; por ejemplo, los jóvenes que se embriagaban eran castigados con la pena de muerte por garrote. La mentira en la mujer y el niño, si éste se encontraba en proceso de educación, se castigaba con pequeñas cortadas y rasguños en los labios del mentiroso, si la mentira había tenido graves consecuencias. Quien injuriaba, amenazaba o golpeaba a la madre o al padre, era castigado con la pena de muerte; además de ser considerado indigno de heredar, por lo que sus descendientes no podían suceder a los abuelos en los bienes de éstos. Los padres podían aplicar penas infamantes a los hijos jóvenes viciosos o desobedientes, como cortarles el cabello y pintarles las orejas, brazos y muslos. Particularmente, RODRÍGUEZ MANZANERA apunta que: “a las hijas de los señores y miembros de la nobleza que se conduzcan con maldad se les aplicará la pena de muerte. Los hijos que vendan los bienes o las tierras de sus padres, sin el consentimiento de éstos, serán castigados con la esclavitud si son plebeyos y con la muerte (‘secretamente ahogados’) si son nobles.”⁹⁴

⁹² RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. op. cit., p. 6.

⁹³ IBIDEM, p. 8.

⁹⁴ IDEM.

Independientemente del ámbito jurídico, es de importancia para nuestro objeto de estudio señalar algunas de las características de la educación infantil en el pueblo azteca. El niño hasta los cinco años estaba al cuidado de la madre, la cual tenía una obligación absoluta hacia el niño, al grado que su falta de cuidado era ser considerada como “gran traición”.⁹⁵ Si enviudaba, la madre no podía casarse de nuevo sino hasta terminar la educación primaria del hijo. De acuerdo con RODRÍGUEZ MANZANERA, cuya visión, si bien cuestionable, es muy ilustrativa: “el niño azteca es educado en un ambiente de rigidez y austeridad aunque por una parte recibirá todas las gratificaciones de la madre, permanecerá con ella y las demás mujeres durante su primera infancia, en un mundo femenino y gratificador, para ser violentamente arrancado de él e incluido al mundo masculino, fuerte, rudo y disciplinado, donde todo lo femenino es devaluado y considerado innoble (...) por otra parte, vivirá en una sociedad de elevadísima moralidad, en que aun las faltas menores se penan con la esclavitud o la muerte, y frente a esto, el sentimiento de dominador, de sojuzgador de pueblos, de conquistador sanguinario. En los colegios aprenderá simultáneamente dos cosas: a vivir en paz en la propia sociedad y a dominar o destruir las otras sociedades.”⁹⁶

Según puede verse, dada la severidad de las normas en la sociedad azteca, puede pensarse que “en una sociedad así es difícil encontrar delincuencia infantil y juvenil. Al salir de los colegios los jóvenes pueden desahogar todos sus impulsos y sus energías en los deportes y las guerras, la juventud azteca no es una juventud ociosa y, como tal, no puede ser delincuente. Los niños tendrán un estricto control de vigilancia familiar, por lo que su campo de acción está bastante limitado, lo que le dificulta llegar a la comisión de conductas antisociales.”⁹⁷

Con la llegada de los colonizadores españoles; las instituciones religiosas se asumen como las primeras en brindar protección al menor en situación de abandono o riesgo; entre ellas, podemos recordar el Real Hospital de Indios, con una sección para niños abandonados, fundado por fray Bernardino Álvarez; la casa de cuna del Dr. Pedro López, y el Hospital de San Lázaro. La corona no interviene sino muy posteriormente, fundado en el siglo XVIII la Casa Real de Expósitos, la Congregación de la caridad, y el Hospicio. En este renglón, “nombres como los del Dr. Fernando ORTIZ CORTÉS y del capitán Francisco ZUÑIGA son dignos de recordar; el primero, canónigo de catedral que funda una casa para niños abandonados, y el segundo, un indígena que creó la “Escuela Patriótica”, para menores de conducta antisocial, precursora indudable de los tribunales para menores. Ambos personajes crearon sus instituciones de su propio peculio, aun con la oposición e intrigas de las autoridades de la época.”⁹⁸

⁹⁵ IBIDEM, p. 10.

⁹⁶ IBIDEM, p. 11.

⁹⁷ IDEM.

⁹⁸ IBIDEM, p. 21.

Por lo que hace al ámbito jurídico, la Recopilación de las Leyes de Indias establece como edad de responsabilidad plena la de 18 años cumplidos. Disposiciones relativas a los menores en estado de abandono las encontramos en la Ley IV, dada por Carlos V en 1533, que a la letra dice: “Infórmense (virreyes y presidentes) que hijos, ó hijas de españoles y mestizos difuntos hay en sus distritos que anden perdidos, y los hagan recoger y dar tutores que miren por sus personas y bienes: a los varones que tuvieren edad suficiente pongan á oficios, ó con amos, ó á cultivar la tierra, y si no lo hicieren échenlos de la provincia, y los corregidores y alcaldes mayores lo hagan y cumplan en sus distritos; y si algunos no fueren de edad competente para los empleos referidos, los encarguen a encomenderos de indios, repartiendo á cada uno el suyo hasta que la tengan, para cumplir lo que por esta ley ordenamos: y provean que las mujeres sean puestas en casas virtuosas, donde sirvan a y aprendan buenas costumbres: y si estos medios ú otros que dictare la prudencia no fueren bastantes al remedio y amparo de estos huérfanos y desamparados, sean puestos en colegios los varones, y las hembras en casas recogidas, donde cada uno se sustente de su hacienda, y si no la tuvieren les procuren limosnas, que entendido por Nos el fruto y buen efecto que resultare y su pobreza, les mandaremos hacer las que hubiere lugar. Y porque así conviene, ordenamos que si alguno de los dichos mestizos ó mestizas se quisiere venir á estos reinos se le dé licencia.”⁹⁹

De notable relevancia, son las ideas sostenidas por Don Miguel DE LARDIZÁBAL Y URIBE (1714), quien propugnó por una legislación específica, con espíritu humanitario y protector, deslindada de la penalización para los adultos. También se preocupó por la mendicidad en el menor, juzgándola problema correlativo; al respecto expresaba: “Si no se ponen los medios necesarios, para dar indistintamente a todos los niños una educación correspondiente a su clase de cualquiera que sea, jamás se extinguirá la mendicidad infantil”. LARDIZÁBAL fue injustamente ignorado, no obstante haber sido uno de los más preclaros criminalistas del Siglo XVIII.

Tras la Independencia, y el establecimiento de los primeros gobiernos al margen de la Corona española, la mirada del Estado se redirigió hacia los menores. Guadalupe Victoria, el primer Presidente de la República, pretendió reorganizar las casas de cuna; muy posteriormente, durante el gobierno de Santa Anna, se “formó la “Junta de Caridad para la Niñez Desvalida” en la ciudad de México, en 1836. Éste es un importante antecedente a los patronatos, ya que se trataba de voluntarios (generalmente damas de alcurnia), que reunían fondos para socorrer a los niños huérfanos o abandonados, con un interesante sistema mediante el cual contrataban nodrizas para los recién nacidos. Les pagaban cuatro pesos al mes (un estipendio apreciable), las vigilaban y obligaban a

⁹⁹ IBIDEM, p. 22.

presentar fiador, y cuando el niño hubiera superado la crianza, se le buscaba un hogar honorable para ser adoptado.”¹⁰⁰

Entre 1848 y 1851, José Joaquín DE HERRERA, siendo Presidente fundó la “Casa de Tecpan de Santiago, conocida también como Colegio Correccional de San Antonio, institución exclusiva para delincuentes menores de 16 años, sentenciados o procesados, con un régimen de tipo cartujo (aislamiento nocturno, trabajo en común con regla de silencio), y con separación de sexos.”¹⁰¹

En la época juarista, con la promulgación de las Leyes de Reforma, el gobierno pasa a hacerse cargo de orfanatos y hospicios. Se giran instrucciones precisas para ingresar a planteles educativos, a todos los niños de 6 a 12 años que se encontraran vagando en las calles.

El Código penal de 1871, también conocido como Martínez de Castro, atendiendo a los principios que inspiraban el movimiento codificador en otras naciones, definió la responsabilidad de los menores en función de su edad y de su discernimiento. Declaró al menor de nueve años exento de responsabilidad, amparado por una presunción inatacable. Al menor de entre nueve y catorce años, lo puso en situación dudosa, que se aclararía con el dictamen pericial. Al de catorce a dieciocho años, le asignó discernimiento ante la ley, y presunción plena en su contra. Este criterio se completaba con un régimen penitenciario progresivo, correccional, para el que se designarían establecimientos adecuados.

El Código de 1871 dispuso que “los menores de 14 años que hubieren infringido la ley penal sin discernimiento fueran internados en un establecimiento de educación correccional por el tiempo necesario para concluir la educación primaria, pudiendo quedar en su propio domicilio los menores de 9 años cuyos padres fueren idóneos para darles la educación necesaria y siempre que la falta cometida no fuere grave; y pudiendo regresar a él los mayores de 9 años y menores de 14, cuando acrediten haber mejorado de conducta y terminado su educación, o bien que pueden terminar ésta fuera del establecimiento (arts. 157, 159 y 162).”¹⁰²

El artículo 157 establecía explícitamente la reclusión preventiva en establecimiento de educación correccional para los casos de minoridad y no discernimiento. Para ello, se formaron las Casas de Corrección de Menores (una para varones, otra para mujeres), convirtiendo en 1880, la Escuela de Tecpan de Santiago en la Escuela Industrial de Huérfanos.

¹⁰⁰ IBIDEM, p. 27.

¹⁰¹ IDEM.

¹⁰² CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl y CARRANCÁ Y RIVAS, Raúl. op. cit., p. 635.

La época revolucionaria trajo consigo una nueva crisis; la estructura social, removida violentamente hasta las raíces, no alcanzó a transformarse positivamente, al menos al principio, y ponerse a la altura de los grandes cambios políticos y económicos que se generaron con el movimiento armado. Nació un nuevo país, sin duda, pero no sin grandes sacrificios y pérdidas de vidas. Como era de esperarse, la grave situación fue resentida en mayor medida por los infantes, grupo vulnerable, que sobre todo en las clases marginales, se vio en el abandono al marcharse o morir sus padres en la lucha, careciendo de lo más elemental para la subsistencia.

Después de 1871, hasta 1928, se presentaron varios proyectos en el tema de los menores infractores, en las siguientes fechas:

A) En 1908, se hace un estudio en base a los lineamientos de la legislación de Estados Unidos de Norteamérica. Al respecto, SOLÍS QUIROGA comenta que: “en 1907 el Departamento Central del Distrito Federal dirigió a la Secretaría de Justicia una exposición acerca de las cárceles adecuadas para menores, y en 1908, dado el éxito del juez paternal en New York, una persona siempre preocupada por el bienestar de los jóvenes, el licenciado Antonio Ramos Pedrueza, sugirió a don Ramón Corral, Secretario de Gobernación, crear jueces eternos destinados exclusivamente a conocer los actos ilegales cometidos por el menor de edad, abandonando el criterio del discernimiento”.¹⁰³ Se pretendía imitar las características del juez paternal neoyorkino, quien “sólo se ocupaba de “delitos” leves; que ellos deberían ser producto del mal ejemplo de los padres que eran, a menudo, viciosos, miserables o de vida promiscua. El juez paternal era suave y enérgico, y esto producía buen efecto si los menores no estaban pervertidos aún. El juez no debería perder contacto con el menor y con su intervención lograba que él tuviera escuela y taller, cuyos efectos aseguraban su corrección.”¹⁰⁴

B) En 1912, se realiza otro estudio donde se propone abandonar el criterio del discernimiento como fundamento para precisar la edad penal. Con base en el estudio de 1908, Ramón Corral designó a los abogados Miguel S. Macedo y Victoriano Pimentel, para que elaborasen un dictamen sobre las reformas necesarias a la legislación.

“Debido a la Revolución Mexicana y a las inquietudes provocadas por los abusos de poder del régimen del general Porfirio Díaz, el dictamen de los abogados Macedo y Pimentel se retrasó y fue rendido hasta el mes de marzo de 1912, aprobando la medida y aconsejando se dejara fuera del Código Penal a los menores de 18 años y se abandonara la cuestión del discernimiento, que estaba de moda. Proponían investigar la persona y ambiente del menor, su escuela y su familia, y establecer la libertad vigilada, *dando escasa importancia al hecho en sí*

¹⁰³ SOLÍS QUIROGA, Héctor. op. cit., p. 30.

¹⁰⁴ IDEM.

mismo. Así, la Comisión de Reforma del Código Penal, designada por aquel tiempo, recibió de la subcomisión el proyecto de tribunales paternos y, en la publicación de los Trabajos de Revisión del Código Penal (tomo II, pp. 419 y 430), se sustraía a los menores de la represión penal, se evitaba su ingreso a la cárcel y se criticaba el funcionamiento de la correccional, que consideraban una cárcel más. el dictamen de los señores Pimentel y Macedo propugnaba que a los menores se les tratar conforme a su escasa edad y no conforme a la importancia jurídica de los hechos. Sin embargo, el proyecto de Código Penal siguió sosteniendo el criterio del discernimiento y la aplicación de penas atenuadas.”¹⁰⁵

C) En 1920 se formuló otro proyecto, proponiendo la creación de un Tribunal Protector del Hogar y de la Infancia; dicho organismo tendría por finalidad proteger a las familias y los derechos de los menores; atendería los casos de menores que cometieran delitos.

“El 27 de noviembre de 1920, en el Proyecto de Reformas a la Ley Orgánica de los Tribunales del Fuero Común del Distrito Federal, se proponía la creación de un Tribunal Protector del Hogar y la Infancia, para cumplir con el espíritu de la Ley de Relaciones Familiares. Se proponía un Tribunal colegiado, con la intervención del Ministerio Público en el proceso. Los autores del proyecto fueron los abogados Martínez Alomía y Carlos M. Ángeles, y el criterio que sostuvieron era la protección de la infancia y la familia, mediante sus atribuciones civiles y penales; en éstas habría proceso y formal prisión, pero se dictarían medidas preventivas.”¹⁰⁶

D) En 1926 se fundó el Tribunal para Menores del Distrito Federal, ingresando el primer menor necesitado de tratamiento, el 10 de enero de 1927; asimismo, se promulgó el Reglamento para la Calificación de los Infractores Menores de Edad en el Distrito Federal, el cual hace hincapié en la necesidad de auxiliar y poner oportunamente a salvo de las numerosas fuentes de perversión, que se originaban en nuestra deficiente organización social, a los sujetos menores de 16 años.

Quedaban bajo la autoridad del Tribunal para Menores, las faltas administrativas y de policía, así como las señaladas por el Código Penal, que no fuesen propiamente delitos cometidos por menores de 16 años.

Le concedía al Tribunal las atribuciones siguientes: calificar a los menores que incurriesen en penas, que debiese aplicar el Gobierno del Distrito Federal; reducir o conmutar las sanciones previamente impuestas a los menores, mediante su solicitud; estudiar los casos de los menores, cuando hubiesen sido declarados absueltos por haber obrado sin discernimiento; conocer los casos de vagancia y

¹⁰⁵ IBIDEM, pp. 30-31.

¹⁰⁶ IBIDEM, p. 31.

mendicidad de niños menores de 8 años, siempre que no fueran de la competencia de las autoridades judiciales; auxiliar a los Tribunales del orden común en los procesos contra menores, previo requerimiento para ello; resolver las solicitudes de padres y tutores, en los casos de menores “incorregibles”; tener a su cargo la responsabilidad de los establecimientos correccionales del Distrito Federal, proponiendo, de acuerdo con la Junta Federal de Protección a la Infancia, todas las medidas que estimara necesarias para su debida protección.

El Tribunal quedaba constituido por tres Jueces: un médico, un profesor normalista y un experto en estudios psicológicos, los cuales resolvían auxiliados por un departamento técnico que hacía los estudios médico psicológico, pedagógico y social de los menores; se contaba con un cuerpo de delegados de protección a la infancia. Los Jueces podían amonestar, devolver al menor a su hogar mediante vigilancia, someterlo a tratamiento médico, cuando era necesario, y enviarlo a un establecimiento correccional o a un asilo, valorando su estado de salud física y mental.

En 1928 se expide la “Ley sobre la Prevención Social de la Delincuencia Infantil en el Distrito Federal y Territorios”. Esta Ley, conocida como “Ley Villa Michel”, substraía a los menores de 15 años del Código Penal, lo cual representó un avance, primordialmente, en cuanto a que en su articulado prevenía que la policía y los Jueces del orden común, no deberían tener más intervención respecto de los menores, que enviarlos al Tribunal competente.

Respecto a éste, mantenía su primitiva organización, sólo aumentando una sala, compuesta como la primera, por un Juez médico, un Juez profesor y un Juez psicólogo, requiriendo ser uno de ellos mujer. Dichos Jueces deberían dictar las medidas, después de la observación del menor y de su estudio en los aspectos: médico, psicológico, pedagógico y social, para determinar las medidas protectoras o educativas a imponer.

“Entre los razonamientos fundamentales de sus considerandos, está expresada la necesidad de que las instituciones se acerquen lo más posible a la realidad social para proteger a la colectividad contra la criminalidad; que la acción del Estado debería encaminarse a eliminar la delincuencia infantil, corrigiendo a tiempo las perturbaciones físicas o mentales de los menores y evitando su perversión moral; que los menores de 15 años que infringieran las leyes penales eran víctimas del abandono legal o moral, o de ejemplos deplorables en un ambiente social inadecuado, o del medio familiar deficiente o corrompido por el descuido, perversión o ignorancia de los padres, o de las perturbaciones psicofísicas de la evolución puberal; que los menores necesitaban, más que la penal estéril y aun nociva, otras medidas que los restituyeran al equilibrio social y

los pusieran a salvo del vicio; que *debería tomarse en cuenta, más que el acto mismo, las condiciones físicomentales y sociales del infractor.*¹⁰⁷

El artículo 15 de la citada Ley de 1928, establecía a la letra que: “En el Distrito Federal los menores de 15 años de edad no contraen responsabilidad criminal por las infracciones de las leyes penales que cometan: por lo tanto, no podrán ser perseguidos criminalmente ni sometidos a proceso ante las autoridades judiciales; pero por el solo hecho de infringir dichas leyes penales, o los reglamentos, circulares y demás disposiciones gubernativas de observancia general, quedan bajo la protección directa del Estado, que previos la observación y estudio necesarios, podrá dictar las medidas conducentes a encauzar su educación y alejarlos de la delincuencia. El ejercicio de la patria potestad o de la tutela quedará sujeto, en cuanto a la guarda y educación de los menores, a las modalidades que le impriman las resoluciones que dicte el Poder Público, de acuerdo con la presente ley.”¹⁰⁸

De acuerdo con esta ley, sigue SOLÍS QUIROGA, “los establecimientos de la Beneficencia Pública del Distrito Federal se consideraban como auxiliares para la aplicación de las medidas de educación. Además extendían la acción de los tribunales para menores a los casos de niños abandonados, vagos, indisciplinados y menesterosos, dejando vigente su intervención en los casos de “incorregibles” a petición de los padres o tutores, y excluyendo la posibilidad de resolver sobre la responsabilidad civil, para ser resuelta por los juzgados comunes.” Por otro lado, “esta ley permitía la aplicación de medidas educativas, médicas, de vigilancia, de guarda, correccionales, etc., y marcaba la duración del procedimiento en 15 días, mismo tiempo que duraba la internación preliminar en la Casa de Observación.”¹⁰⁹

El 15 de noviembre de 1928, se expidió el “Reglamento de los Tribunales para Menores del Distrito Federal”, en el cual se establece como requisito indispensable, la observación previa de los menores, antes de resolver sobre su situación. En 1929, se declaró, por decreto, la calidad docente del cargo de Juez del Tribunal para Menores.

El Código de 1929 hizo a un lado las ideas en boga, y determinó al menor socialmente responsable, sujetándolo a tratamiento educativo, el cual estaría a cargo del Tribunal para Menores, que fue creado por Ley en el año de 1928. Se establecieron sanciones de carácter especial, tales como arrestos escolares, libertad vigilada, reclusión en establecimientos de educación correccional, colonia agrícola para menores y navío-escuela. La ley procesal concedió a los jueces de menores libertad en el procedimiento, siempre y cuando se sujetaran a las normas

¹⁰⁷ IBIDEM, p. 34.

¹⁰⁸ IDEM.

¹⁰⁹ IBIDEM, p. 35.

constitucionales relativas a detención, formal prisión, intervención del Ministerio Público, libertad caucional, etc.

Con base en el positivismo, doctrina que da por “supuestos el determinismo orgánico, el delincuente nato, la peligrosidad aun predelictiva y la responsabilidad social, toda persona, aun el menor de dos años, es responsable; y el único problema consiste en ajustar el tratamiento adecuado a cada uno. Por eso el Código de 1929 mantuvo para los menores de 16 años el proceso motivado por el Ministerio Público, con auto de formal prisión, conclusiones acusatorias y sentencia, si bien las sanciones señaladas para esos casos eran la libertad vigilada, arrestos escolares, segregación en escuelas correccionales, en granjas o en navíos-escuelas (art. 71), sin perjuicio de amonestaciones, extrañamientos o apercibimientos, pérdida de los instrumentos del delito, caución de no ofender, suspensiones e inhabilitaciones, y la prohibición de ir a determinados lugares.”¹¹⁰

Según la exposición de motivos del citado ordenamiento, del licenciado José Almaraz, el Estado tiene la obligación de aplicar a los menores medidas educativas y “*tratamientos que los transformaran orgánicamente.*”

Respecto a este ordenamiento, CARRANCÁ Y TRUJILLO apunta que: “contra la incompreensión con que todos los países habían puesto a los niños en plan de igualdad con los delincuentes más empedernidos, en cuanto a la aplicación de sanciones incluyendo la pena de muerte; recluyéndolos en las mismas cárceles en una promiscuidad en que todavía en el siglo XIX se les veía obligados a luchar contra los delincuentes adultos o entre sí mientras otros proferían blasfemias y obscenidades y los peores perseguían a puntapiés y otras brutalidades a los menos viciosos (...) se alzó el primer impulso hacia la separación y un trato adecuado de los menores”.¹¹¹ Ello, sobre todo porque “la razón apoyaba también el movimiento en pro de la reforma, pues muy fácil era pensar que todo niño abandonado y viviendo entre el vicio y la inmoralidad, debe ser rescatado y atendido antes de que en él se consoliden las cargas sociales de la enfermedad y el crimen.”¹¹²

A mayor abundamiento, debe considerarse que “con los antecedentes brumosos que siempre existen respecto de cada institución política y exagerando los propósitos de separación y tratamiento adecuado a la edad y a las condiciones de los menores, se habló de que éstos no deben enterarse de que son delincuentes, ni deben conocer a las policías sino ser tratados paternalmente, y aún por mujeres que hagan las veces de madre, como se ha pensado entre nosotros, iniciándose en Estados Unidos la práctica real de separar a los niños de los adultos en los tribunales de justicia (Massachusetts, 1863), y crear luego

¹¹⁰ CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl y CARRANCÁ Y RIVAS, Raúl. op. cit., p. 636.

¹¹¹ IDEM.

¹¹² IDEM.

tribunales especializados con edificios, procedimientos y regímenes que se consideraron propios (Chicago, 1899, y New York, 1902). De allí se difundió por todo el mundo esta nueva manera de proceder, en substancia, aunque con denominaciones y particularidades diversas en que no falta la consideración de responsabilidad penal, en algunos casos, aun cuando la separación y el trato especial subsistían.”¹¹³

México no fue ajeno a los cambios que se suscitaban en el mundo, a las ideas sobre una nueva concepción de los menores y su conducta infractora. Se buscó establecer el modelo tutelar; desde 1908, el gobierno del Distrito Federal impulsó numerosas reformas judiciales, destinadas a crear tribunales administrativos, con el objetivo de sustraer a los menores de la represión punitiva, sometiéndolos a la “tutela moral de la sociedad”. El Código Penal de 1931, hoy vigente, estableció categóricamente la base de un nuevo sistema de menores: dejarlos al margen de la represión penal y sujetarlos a una política tutelar y educativa.¹¹⁴

El Código Federal de Procedimientos Penales de 1934 concedió a los Tribunales Locales para Menores la jurisdicción y la competencia necesarias, para conocer de las infracciones del orden federal cometidas por menores de edad.

Previamente, la Procuraduría General de la República había resuelto no consignar a los menores, ante los Jueces del Distrito Federal, sino a los Tribunales para Menores. De esta forma se trataba de tener el control de la delincuencia juvenil, tanto del orden común como federal.

En el mismo año se redactó el primer Reglamento de los Tribunales para Menores y sus Instituciones Auxiliares. En 1939 se estableció un segundo reglamento, que substituyó al primero.

En 1936, se creó una Comisión Instaladora de los Tribunales para Menores; ésta promovió la creación de la institución en todo el país. “Al efecto elaboró un proyecto de Ley, que pudiera servir de modelo para todos los Estados; formuló notas con las características que debieran tener los edificios; se expresaron las cualidades que deberían tener los diversos miembros del personal, y presentó ante cada gobierno local, después del estudio concreto, un proyecto de presupuesto en el que estaban comprendidos los gastos del Tribunal y los sueldos del personal.”¹¹⁵

¹¹³ IBIDEM, pp. 636-637.

¹¹⁴ Cfr. GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco. **El código penal comentado**. Ed. Porrúa, México, 1996, p. XXXV.

¹¹⁵ SOLÍS QUIROGA, Héctor. op. cit., p. 37.

La Ley Orgánica y Normas de Procedimiento de los Tribunales para Menores y sus Instituciones Auxiliares en el Distrito y Territorios Federales, de 1941, derogó lo dispuesto por el Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal y Territorios Federales. “Esta ley contuvo errores fundamentales, como es facultar a los jueces a que impongan las sanciones que señala el Código Penal, meras penas. Conforme al artículo 20 de nuestra Constitución Federal, sólo pueden imponer penas las autoridades judiciales, pero el tribunal para menores (ahora consejo tutelar) es autoridad administrativa, no judicial y, por tanto, estaba incapacitado para imponer penas.”¹¹⁶

La Ley de Secretaría y Departamento de Estado, de 1958, establece en el Distrito Federal, un Consejo Tutelar para Menores Infractores de más de 6 años, e Instituciones auxiliares.

El 26 de diciembre de 1973 se promulga la Ley que crea el Consejo Tutelar para Menores Infractores del Distrito Federal, publicada en el Diario Oficial el 2 de agosto de 1974. Este ordenamiento fue abrogado con la entrada en vigor de la legislación actual, que analizaremos más adelante.

En sus dos primeros artículos, la Ley establecía que el Consejo Tutelar para Menores tiene por objeto promover la readaptación social de los menores de dieciocho años, mediante el estudio de la personalidad, la aplicación de medidas correctivas y de protección y la vigilancia del tratamiento; interviniendo cuando los menores infrinjan las leyes penales o reglamentos de policía y buen gobierno, o manifiesten otra forma de conducta que haga presumir, fundadamente, una inclinación a causar daños, a sí mismo, a su familia o a la sociedad, y ameriten, por lo tanto, la actuación preventiva del Consejo.¹¹⁷

El procedimiento era iniciado al ser puesto a disposición del Consejo Tutelar cualquier menor; el cual de inmediato sería trasladado al Centro de Observación correspondiente. La observación, tendría por objeto el conocimiento de la personalidad del menor, mediante la realización de los estudios conducentes a tal fin, conforme a las técnicas aplicables en cada caso. Los menores serían alojados

¹¹⁶ IBIDEM, p. 38.

¹¹⁷ LEY QUE CREA LOS CONSEJOS TUTELARES PARA MENORES INFRACTORES DEL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES
CAPITULO I

Objeto y competencia

Artículo 1.- El Consejo tutelar para Menores tiene por objeto promover la readaptación social de los menores de dieciocho años en los casos a que se refiere el artículo siguiente, mediante el estudio de la personalidad, la ampliación de medidas correctivas y de protección y la vigilancia del tratamiento.

Artículo 2.- El Consejo Tutelar intervendrá, en los términos de la presente Ley, cuando los menores infrinjan las leyes penales o los reglamentos de policía y buen gobierno, o manifiesten otra forma de conducta que haga presumir, fundadamente, una inclinación a causar daños, a sí mismo, a su familia o a la sociedad, y ameriten, por lo tanto, la actuación preventiva del Consejo.

en los mencionados centros, bajo un riguroso sistema de clasificación, atendiendo a su sexo, edad, condiciones de personalidad, estado de salud y demás circunstancias pertinentes.¹¹⁸

Se contemplaba además en esta ley la existencia del Consejo Tutelar Auxiliar, el cual conocería exclusivamente de infracciones a los reglamentos de policía y buen gobierno, así como de conductas delictivas de gravedad menor.¹¹⁹

Entre las medidas estipuladas en la ley, para la readaptación social del menor y tomando en cuenta las circunstancias del caso, se encontraba el internamiento en la institución correspondiente, o la libertad, que siempre sería vigilada. En este último caso, el menor sería entregado a quienes ejercieran la patria potestad, la tutela, o bien, colocado en un hogar sustituto. La medida tendría una duración indeterminada, quedando sujeta a la revisión prevista por la misma ley.¹²⁰

¹¹⁸ LEY QUE CREA LOS CONSEJOS TUTELARES PARA MENORES INFRACTORES DEL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES

Artículo 34.- Cualquier autoridad ante la que sea presentado un menor en los casos del artículo 2o., lo pondrá de inmediato a disposición del Consejo Tutelar, en los términos de su competencia, proveyendo sin demora al traslado del menor al Centro de Observación que corresponda, con oficio informativo sobre los hechos o copia del acta que acerca de los mismos se hubiese levantado.

Si el menor no hubiese sido presentado, la autoridad que tome conocimiento de los hechos informará sobre los mismos al Consejo Tutelar, para los efectos que procedan.

Artículo 35.- Al ser presentado el menor, el Consejero instructor de turno procederá, sin demora, escuchando al menor en presencia del Promotor, a establecer en forma sumaria las causas de su ingreso y las circunstancias personales del sujeto, con el propósito de acreditar los hechos y la conducta atribuida al menor. Con base en los elementos reunidos, el instructor resolverá de plano, o a más tardar dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al recibo del menor, si éste queda en libertad incondicional, si se entrega a quienes ejerzan la patria potestad o la tutela o a quienes, a falta de aquéllos, lo tengan bajo su guarda, quedando sujeto al Consejo Tutelar para la continuación del procedimiento, o si debe ser internado en el Centro de Observación. En todo caso, expresará el instructor en la resolución que emita los fundamentos legales y técnicos de la misma.

¹¹⁹ LEY QUE CREA LOS CONSEJOS TUTELARES PARA MENORES INFRACTORES DEL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES

CAPITULO VI. Procedimiento ante el Consejo Tutelar Auxiliar

Artículo 48.- Los Consejos Auxiliares conocerán exclusivamente de infracciones a los reglamentos de policía y buen gobierno y de conductas constitutivas de golpes, amenazas, injurias, lesiones que no pongan en peligro la vida y tarden en sanar menos de quince días, y daño en propiedad ajena culposo hasta por la cantidad de dos mil pesos.

Cuando el caso de que se trate revista especial complejidad o amerite estudio de personalidad e imposición de medidas diversas de la amonestación, o cuando se trate de reincidente, el Consejo Auxiliar lo remitirá al Tutelar del que dependa, a efecto de que se tome conocimiento de él conforme al procedimiento ordinario.

¹²⁰ LEY QUE CREA LOS CONSEJOS TUTELARES PARA MENORES INFRACTORES DEL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES

CAPITULO IX. Medidas

Artículo 61.- Para la readaptación social del menor y tomando en cuenta las circunstancias del caso, el Consejo podrá disponer el internamiento en la institución que corresponda o la libertad,

La ley prohibía terminantemente la detención de menores de edad en lugares destinados a la reclusión de mayores. Disponiendo además, para el caso de delitos cometidos conjuntamente por adultos y por menores, que las diligencias en que debieran participar los menores se llevaran a cabo, preferentemente, en el sitio en que éstos se encontraran, no autorizándose su traslado a juzgados penales, sino en casos estrictamente necesarios, a juicio del juez que siga el proceso en contra de los adultos.¹²¹

Afirma SOLÍS QUIROGA, con relación a esta ley, que: “La base legal que el Consejo Tutelar del Distrito federal tomaría, era que siendo Consejeros Tutelares los que debieran decidir el tratamiento de cada menor, no podrían imponerle sanciones que tuvieran carácter retributivo o punitivo. En efecto, aprovechando la oportunidad de que la Procuraduría General de la República convocó a un Congreso sobre Régimen Jurídico de Menores, se propuso a dicho congreso el cambio a Consejo Tutelar, dando sus características en la ponencia oficial de la Secretaría de Gobernación. Dicha ponencia no sólo fue aprobada, sino muy elogiada por los congresistas, ya que se tenía un primer período de 48 horas para resolver inicialmente la situación de menor, con la intervención del promotor, que tomaría a su cargo su representación cuando los padres estuvieran incapacitados o fueran profundamente ignorantes para defenderlo y hacer que esa resolución y las posteriores fueran apegadas principalmente a las necesidades del menor como persona, y con ánimo de protegerlo de un futuro negativo.”¹²²

Sobre esta ley, que si bien es cierto tiene algunas mejoras, no se adecua a las reglas internacionales; cabe mencionar las palabras del maestro PORTE PETIT:

que siempre será vigilada. En este último caso, el menor será entregado a quienes ejerzan la patria potestad o la tutela o será colocado en hogar sustituto.

La medida tendrá duración indeterminada y quedará sujeta a la revisión prevista en la presente Ley, sin que el procedimiento y medidas que se adopten puedan ser alterados por acuerdos a resoluciones de tribunales civiles o familiares.

Artículo 62.- En caso de liberación, la vigilancia implica la sistemática observación de las condiciones de vida del menor y la orientación de éste y de quienes lo tengan bajo su cuidado, para la readaptación social del mismo, considerando las modalidades de tratamiento consignadas en la resolución respectiva.

Artículo 63.- Cuando el menor deba ser colocado en hogar sustituto, integrándose en la vida familiar del grupo que lo reciba, la autoridad ejecutora determinará el alcance y condiciones de dicha colocación en cada caso, conforme a lo dispuesto en la correspondiente resolución del Consejo Tutelar.

Artículo 64.- El internamiento se hará en la institución adecuada para el tratamiento del menor, considerando la personalidad de éste y las demás circunstancias que concurran en el caso. Se favorecerá, en la medida de lo posible, el uso de instituciones abiertas.

¹²¹ LEY QUE CREA LOS CONSEJOS TUTELARES PARA MENORES INFRACTORES DEL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES

Artículo 67.- Queda prohibida la detención de menores de edad en lugares destinados a la reclusión de mayores.

¹²² SOLÍS QUIROGA, Héctor. op. cit., p. 39.

“esta ley representa en relación con la anterior, un avance indiscutible al procurar lograr en una forma más eficiente y científica la reforma del menor, para que pueda cumplir con sus propias responsabilidades en el futuro.”¹²³

El procedimiento establecido por este ordenamiento, a grandes rasgos, mostraba las siguientes peculiaridades: entre las medidas de readaptación se preferiría devolver a los menores a su hogar, brindándoles la orientación necesaria para ellos y para sus padres. Si se presentaba la necesidad de internarlos, ésto se haría en establecimientos abiertos; si no fuere posible, en instituciones semiabiertas y, sólo en último caso, en instituciones cerradas. Al respecto, SOLÍS QUIROGA apunta que: “en la realidad, la diferencia entre unas y otras consiste en que los establecimientos abiertos no tienen medios de seguridad física y el menor puede entrar o salir de la institución, como en su propia casa. La institución semiabierta no permite que el menor salga sino cuando, cada semana, lo hubiere merecido y contar en el exterior con alguien digno de confianza. La institución cerrada tiene medios de seguridad física y no saldrá el menor sino por decisión de autoridad”.¹²⁴ A lo anterior, agrega que: “ninguna institución puede considerarse, en caso alguno, como de castigo, y en todas el menor debe estar ocupado constantemente, evitando los momentos de ocio, que tan perjudiciales son en tiempo de internación. Durante ésta, el menor debe tomar alimentos suficientes y balanceados; tener una buena cama que cuente con toda su ropa, y con lugares adecuados para guardar sus pertenencias. Se considera que el tiempo de internación debe ser indeterminado, con el objeto de que pueda modificarse cuando fuere necesario.”¹²⁵

Durante el procedimiento frente al Consejo Tutelar, el promotor deberá velar por el cumplimiento de la ley y por los intereses del menor. La resolución que se emita será recurrible mediante recurso de inconformidad, de no haberse probado los hechos atribuidos al menor o por inadecuación de la medida adoptada a la personalidad de éste, la cual puede ser revisada de oficio por el Consejo Tutelar en cualquier tiempo, a beneficio del menor. Al respecto, SOLÍS QUIROGA agrega: “como se puede observar, los Consejos Tutelares no imponen penas ni castigos, sino medidas a favor del menor, para rescatarlo de la antisocialidad, de la ociosidad, de los vicios o de cualquier influencia nefasta, familiar o extrafamiliar.”¹²⁶

En 1991, entra en vigor la Ley Federal para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en materia Común y para toda la República en materia Federal, sobre la cual ahondaremos en el Capítulo II. Esta Ley, que crea

¹²³ PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. **Programa de Derecho Penal. Parte General**. Ed. Trillas, México 1990, p. 579.

¹²⁴ SOLÍS QUIROGA, Héctor. op. cit., p. 40.

¹²⁵ IDEM.

¹²⁶ IBIDEM, p. 41.

el Consejo Tutelar para Menores Infractores, y confirma la edad de 18 años como límite para su intervención, es la que actualmente tiene vigencia en México.

Explicaremos brevemente las grandes diferencias existentes entre los dos modelos que en materia de menores, se han desarrollado en la historia independiente de México: el modelo tutelar y el modelo garantista, siguiendo para ello el interesante análisis de Elena AZAOLA.¹²⁷ Hasta principios del siglo pasado, dominaba la tendencia dentro de los códigos penales, de imponer a los menores de edad una pena menor, “atenuada” en comparación con la que recibiría si tuviese la mayoría de edad. No existía, un derecho especial para menores, los niños no eran “materia” sobre la cual debía dictarse una nueva legislación. Al término de la lucha revolucionaria, surgieron múltiples grupos que influidos por las ideas en boga desde hace décadas en el mundo occidental, pugnaban porque el menor recibiera un trato especial. El desarrollo de un saber teórico sobre la infancia, en especial en los últimos años del siglo XIX, tuvo como principal consecuencia el que “la sociedad confinó el período de la infancia a un sistema cerrado y reglamentado, distinto al mundo del adulto. Así, en todas partes, después de la época del ‘descubrimiento de la infancia’, siguió la de la infancia enferma, delincuente, o en múltiples formas, desviada. El legislador (como el médico, el psicólogo o el maestro) comienza a interesarse en administrar la vida del niño, en prescribir lo que puede y lo que debe, lo que no puede y no debe hacer. En este modo, la programación que resulta del saber teórico sobre el niño es puesta al servicio de la administración, de los intereses del Estado. El saber teórico reaparece bajo los rasgos de un poder administrativo que, en adelante, estará facultado para reglamentar sobre las necesidades del niño (las que debería tener), así como sobre el grado de desarrollo que, científicamente, tendría derecho a esperarse de él.”¹²⁸

Los niños y adolescentes quedaron fuera de los tribunales para adultos, y también de sus prisiones. Los internados y correccionales pasaron a ser de interés público, transfiriéndose su control de órdenes religiosas y patronatos de beneficencia, a aparatos del Estado. “Educar a estos niños en una cierta manera o ‘corregirlos’, nunca más sería una ‘obra de caridad’ o de filantropía, sino de ‘justicia’ impartida por el Estado. De este modo, si a principios de siglo [1900] existían unos cuantos establecimientos correccionales en el país, hoy en día cada estado de la República cuenta con sus leyes e instituciones propias para menores infractores.”¹²⁹

¹²⁷ Cfr. AZAOLA GARRIDO, Elena. “Posibilidades y límites de dos modelos de justicia para menores”. En **Memoria del coloquio multidisciplinario sobre menores, diagnóstico y propuestas**. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1996, pp. 19-20.

¹²⁸ *IBIDEM*, p. 21.

¹²⁹ *IDEM*.

En un primer momento, se crean instituciones específicas para los menores. La creación de una “justicia especial para menores”, se fundamenta en el señalamiento de que los tribunales y prisiones ordinarios para adultos no son un lugar adecuado para los menores, por lo que hay que crear nuevas instancias, con los requerimientos necesarios acorde a la minoridad de los sujetos. Posteriormente, con el replanteamiento de los objetivos estatales respecto a los menores, los tribunales son reemplazados por Consejos Tutelares; se afirma ahora que se ha “abandonado el derecho penal y sustraído a los menores de este territorio para incorporarlos al derecho tutelar. En éste no se habla de pena, sino de ‘tratamiento’, no de corrección sino de ‘readaptación social’, no de reclusión sino de ‘internamiento’ y no de liberación sino de ‘externación’ o ‘reintegración social’.”¹³⁰

Este cambio en los conceptos fundamentales del modelo de respuesta estatal ante la conducta infractora de los menores, obedece, según afirma AZAOLA, a una concepción que “tiende a promover la imagen de un Estado protector, aun cuando en la práctica oscilara entre un modelo penal y uno asistencial. En el nivel discursivo, el acento en los Consejos Tutelares está dado por una concepción no punitiva que tiende a justificar la actuación del Estado sobre los menores con argumentos ‘técnicos’ y ‘científicos’, que no por serlo -en alguna medida al menos- dejarían de ser, al mismo tiempo, razones de poder.”¹³¹

Paradójicamente, esta política de supuesta defensa del menor, acabó colocándolo en una posición notablemente desventajosa con relación al adulto que es sujeto a proceso penal. El derecho tutelar de menores, adquirió el carácter de un auténtico régimen de excepción, en el cual el Estado, como parte omnipresente, acabó por confiscar al menor buena parte de sus derechos. Las instituciones tutelares contaban con facultades suficientes para hacerse cargo tanto de los menores que hubieran cometido una infracción penal, como de los que, a su juicio, se consideraban en ‘estado de peligro’, sometiéndolos a un mismo procedimiento y ‘tratamiento’. “Como resultado de un esquema donde el Estado se había colocado a sí mismo y asumía en un sólo órgano dependiente del Ejecutivo tanto las funciones de procurador, como las de defensor y juzgador, pero también las de protector y las de encargado de imponer, ejecutar y supervisar las sanciones, se había llegado al punto en que los menores habían perdido todos los derechos de cualquier persona sujeta a un procedimiento penal.”¹³²

Durante los años en que estuvo en plenitud la aplicación del sistema tutelar, fue común la detención y privación de menores, sin ningún requisito legal estricto (como orden de aprehensión). Los padres podían solicitar el internamiento de sus hijos por rebeldía, sin que éstos se enteraran quien o de que se les acusaba. El

¹³⁰ IBIDEM, p. 22.

¹³¹ IDEM.

¹³² IBIDEM, p. 24.

procedimiento carecía de formalidades, no era necesario comprobar con certeza la comisión de un delito por parte del menor, atendiendo al ambiguo criterio del “estado de peligro”, según el cual, buscando evitar la futura incursión criminal del menor, debía someterse a tratamiento ante el menor indicio de conducta irregular.

Con la firma por parte de México de numerosos tratados internacionales sobre la materia que cuestionaban seriamente el modelo tutelar, se modificó la concepción estatal sobre la situación del menor infractor. Ahora, era necesario implantar un nuevo esquema, que buscara como objetivo primario, la devolución de las garantías que los menores habían perdido como consecuencia de la ambigüedad del sistema tutelar. A este nuevo modelo se le ha conocido como garantista.

Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Nueva Justicia de Menores (Reglas de Beijing, 1985); las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad, 1988) y la Convención sobre los Derechos del Niño (adoptada por México en 1991); establecen, entre otros, los principios de que para que un menor pueda ser privado de su libertad, es indispensable sea sometido a un procedimiento por el cual se le compruebe la comisión de un acto expresamente prohibido por la ley penal; teniendo derecho a defenderse y a impugnar las resoluciones, debiendo salvaguardarse todos sus derechos humanos, no pudiendo sufrir ni torturas ni maltratos de ninguna especie.

El auge del sistema garantista no ha estado a salvo de comentarios negativos; así, mientras para algunos constituye una auténtica panacea, para otros, “a nivel estrictamente jurídico ofrece ventajas en relación con el anterior... [pero] se trata de un retroceso que prácticamente ha devuelto a los menores al dominio, a la lógica del derecho penal, ámbito del que el derecho tutelar pensaba haberles rescatado para siempre.”¹³³

Continuando con su análisis, se avoca ahora Elena AZAOLA al estudio del modelo garantista, el cual, afirma, aún está muy lejos de haber resuelto importantes problemas, como lo es, el desentrañamiento de lo que ha de entenderse por “justicia para menores”, al mantenerse una noción estrecha, pobre de contenido y reducida del término.

Con referencia a la nueva legislación¹³⁴ garantista, menciona que además de ciertos “problemas de orden jurídico (como la falta de autonomía de los defensores de menores, la falta de procedimientos de supervisión y vigilancia de la actuación del Consejo por parte de órganos externos y el empleo que promueve la nueva

¹³³ IBIDEM, p. 25.

¹³⁴ Se refiere a la *Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en materia Común y para toda la República en Materia Federal* de 1991.

ley, con el carácter de supletorios, de los códigos penales y de procedimientos penales, entre otros)” hay dos aspectos primordiales que cuestionan el espíritu garantista y el avance en la defensa de los derechos de los menores que la ley supone; en primer lugar, “la ausencia de ordenamientos y espacios institucionales paralelos tanto para los menores de 11 años que hubieran cometido alguna infracción como para los mayores de esa edad y menores de 18 que, sin haber cometido alguna infracción o habiéndola cometido pero sin que ésta ameritara la prescripción de algún tratamiento, requerirían, sin embargo, de asistencia y protección”; y en segundo lugar, cuestiona “la creación(...) en el Distrito Federal, casi paralela a la nueva ley, de una especie de réplica de los penales de alta seguridad para adultos que viene a ser el Centro de Atención Especial Quiroz Cuarón (“*Almologyita*”, como la denominara un periodista)”, en donde se reciben a los menores que han cometido infracciones graves, de manera reiterativa, a quienes se les supone con bajo grado de adaptación social, y son “tratados y estigmatizados como sujetos “*de alta peligrosidad*” y reciben un trato similar al de los adultos en dicha condición, es decir, se les mantiene la mayor parte del tiempo en aislamiento y se les sujeta a severas medidas disciplinarias cuya eficacia no ha sido demostrada, además de que violan numerosos principios establecidos en los instrumentos internacionales a que hemos hecho referencia”.¹³⁵

Es importante hacer mención en este apartado, de una de las fuentes más importantes del Derecho Positivo en México, la jurisprudencia. Según afirma LÓPEZ BETANCOURT, “La jurisprudencia se define como la interpretación que hacen los tribunales competentes al aplicar la ley a los supuestos en conflicto que se someten a su conocimiento. En México, la jurisprudencia judicial es la interpretación de la ley, firme y reiterada de observancia obligatoria, que emana de las ejecutorias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, funcionando en pleno o en salas y por los Tribunales Colegiados de Circuito”.¹³⁶

Dicha interpretación de la ley, hecha en el mundo de los tribunales es fundamental, más aún, cuando adquiere carácter obligatorio, en el caso de México, cuando Tribunales Colegiados del orden federal, durante cinco ocasiones interpretan y dan su punto de vista sobre determinada conducta jurídica.

La jurisprudencia consiste, como señala IÑÁRRITU Y RAMÍREZ DE AGUILAR, en “el conjunto de tesis que constituyen valioso material de orientación y enseñanza; que señalan a los jueces la solución de la multiplicidad de cuestiones jurídicas que contemplan; que suplen las lagunas y deficiencias del orden jurídico positivo; que guían al legislador en el sendero de su obra futura”.¹³⁷

¹³⁵ AZAOLA GARRIDO, Elena. op. cit., p. 27.

¹³⁶ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. **Manual de Derecho Positivo Mexicano**. 4ª edición, Ed. Trillas, México, 1998, p. 38.

¹³⁷ IÑÁRRITU Y RAMÍREZ DE AGUILAR, Jorge. “El estatuto de la Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia”. En **Boletín de Información Judicial**. México, marzo de 1955, num.92, p. 132.

Dada la importancia del tema, vamos a entrar en detalles, analizando algunas de las interpretaciones que en materia de menores de edad se han realizado en los tribunales mexicanos.

De inicio, hablemos de la edad penal. Establecida en la mayoría de los Estados de la República en 18 años, conlleva el hecho, como ya lo mencionamos anteriormente, de que todos aquellos menores de 18 años son considerados inimputables por la ley, y por lo tanto, no puede culpárseles de ningún hecho ilícito.

De tal forma que a un menor que ha cometido una conducta tipificada en el Código Penal, no se le pueden aplicar las medidas y sanciones que establecen las disposiciones legales para los mayores de edad, pues no puede acreditarse su culpabilidad.¹³⁸

¹³⁸ MENORES INFRACTORES. NO SON SUJETOS A LA LEY PENAL, SINO A PROCEDIMIENTOS ESPECIALES (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE JALISCO). Los menores infractores no son sujetos a la ley penal, pues de la lectura del artículo 13 del Código Penal para el Estado de Jalisco, en su capítulo IV, relativo a las causas excluyentes de responsabilidad, se desprende que: "Excluyen de responsabilidad penal las causas de inimputabilidad, las de inculpabilidad y las de justificación. I. Son causas de inimputabilidad: a) El hecho de no haber cumplido dieciocho años de edad, al cometer la infracción penal ..."; asimismo el artículo 1o. de la Ley de Readaptación Juvenil para la citada entidad, textualmente dispone: "Los infractores menores de dieciocho años, no podrán ser sometidos a proceso ante las autoridades judiciales sino que quedarán sujetos directamente a los organismos especiales a que se refiere la presente ley, para que previa la investigación y observación necesarias, se dicten las medidas conducentes para su educación y adaptación social, así como para combatir la causa o causas determinantes de su infracción ... Se considerarán menores infractores los que teniendo menos de 18 años de edad, cometan una acción u omisión que las leyes penales sancionen."; por su parte, el numeral 6o. de la referida ley especial, establece: "Son autoridades y órganos encargados de la aplicación de la presente ley: I. El Consejo Paternal de la capital del Estado y los que se establezcan en las cabeceras municipales en los términos de ley. II. La Granja Industrial Juvenil de Recuperación. III. Las dependencias del Patronato de la Asistencia Social en el Estado y los hogares sustitutos."; por otro lado, el precepto 18 de la Constitución Federal, en su párrafo cuarto, dispone: "La Federación y los gobiernos de los Estados establecerán instituciones especiales para el tratamiento de menores infractores."; con base en lo anterior, debe válidamente sostenerse que los menores de edad infractores no son delincuentes sujetos a la ley penal, y por tanto, no es posible que en el procedimiento administrativo al que se encuentren sujetos, se analice si en su detención medió o no el supuesto de la flagrancia, pues aun cuando el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, señala "En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución ..."; sin embargo, tratándose de los infractores menores de dieciocho años, al no poder someterlos a proceso ante las autoridades judiciales competentes, es obvio que quedan sujetos directamente a organismos e instituciones especiales para su tratamiento, para que a través de ellos y mediante medidas educativas y de adaptación social, procedan a combatir las causas que determinaron su infracción; de donde se desprende que si por disposición de la propia ley, los mencionados menores no pueden ser sujetos a proceso ante las autoridades judiciales, menos es dable observarse la aplicación de preceptos legales que atañen sólo a la esfera del proceso mismo (instruible sólo a personas mayores de dieciocho años), como es el caso dispuesto en el párrafo sexto, del artículo 16 constitucional (antes de su última reforma,

Lo que debe tomarse en consideración, es la edad que tiene el sujeto en el momento en que comete el hecho que la ley menciona como delito; es decir, como en el caso que atiende la siguiente jurisprudencia, el homicidio se cometió cuando el presunto era menor de edad, y por lo tanto, aunque cuando sea puesto a disposición de un juez ya sea mayor de edad, o cumpla esa mayoría durante su tratamiento, no es posible que se decida iniciarle un proceso penal como mayor de edad por el hecho que cometió sin poder considerársele imputable.¹³⁹

publicada en el Diario Oficial de la Federación, el día ocho de marzo de mil novecientos noventa y nueve, en vigor al día siguiente), el cual en lo conducente, dice: "En casos de urgencia o flagrancia, el Juez que reciba la consignación del detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley.", apartado este, que por aludir al "Juez que reciba la consignación del detenido", necesariamente se vincula con las restantes garantías que tiene el inculcado en todo proceso del orden penal, que diáfananamente enumera el artículo 20 de nuestra Carta Magna; de ahí que no exista obligación por parte del presidente del Consejo Paternal, para calificar si en la detención de un menor, medió o no el supuesto de la flagrancia. En tal virtud, si la detención de un menor infractor se lleva a cabo sin que exista orden de aprehensión y no se da el supuesto de flagrancia, ningún perjuicio le irroga, supuesto que, se itera, los menores, por disposición legal, no deben ser sometidos a proceso penal ante autoridades judiciales competentes, y por ende, no deben aplicarse preceptos legales que atañen a la esfera del proceso mismo (aplicables sólo a mayores de dieciocho años); por tanto, no es indispensable que para la retención de un menor medie flagrancia u orden de aprehensión, en virtud de que tal requisito sólo es dable tratándose de personas imputables, respecto de las cuales exista denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado en su comisión. A mayoría de datos, en el caso los menores de edad, no perpetran delitos, sino que cometen infracciones, por tanto, no pueden ser sometidos a proceso penal ante las autoridades judiciales, ni tratárseles como delincuentes, sino que quedan sujetos a las instituciones y organismos especiales, para su educación y adaptación social, conforme a lo dispuesto en los artículos 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1o., 5o., 21, 22, 23 y 24 de la Ley de Readaptación Juvenil para el Estado de Jalisco. "

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL TERCER CIRCUITO.

Amparo en revisión 92/99. Presidente y Secretario del Consejo Paternal para Menores Infractores de Guadalajara, Jalisco. 3 de junio de 1999. Unanimidad de votos. Ponente: Óscar Vázquez Marín. Secretario: Ernesto Antonio Martínez Barba.

¹³⁹ MENORES INFRACTORES. ORDENAMIENTOS LEGALES APLICABLES (LEGISLACION DEL ESTADO DE CHIAPAS). La conducta ejecutada por el inculcado, de privar de la vida al pasivo, es inimputable, si en el momento en que sucedieron los hechos, el inculcado era menor de edad, y por ello, no puede ser castigado conforme a las disposiciones del Código Penal, ya que para que el menor sea juzgado por éste, debe ser culpable, y para ello, es necesario que primero sea imputable, es decir, para que conozca la ilicitud de su acto y quiera realizarlo, debe tener capacidad de entender y de querer, y un menor, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 13 de la Ley Tutelar para Menores en el Estado de Chiapas, resulta inimputable, y toda vez que la imputabilidad es un presupuesto necesario para la culpabilidad, elemento del delito, faltando éste, la conducta asumida no puede ser considerada como tal, por lo que el menor de edad se encuentra exento de la aplicación de las disposiciones penales y la corrección de su conducta se encuentra sujeta a instituciones especiales, como lo es el Consejo de Tutela para Menores; por lo tanto, si el inculcado en el momento de realizar la conducta definida legalmente como delito de homicidio, era menor de edad, no existe el supuesto jurídico para que las leyes penales le sean aplicables, y para

Está claro que a los menores de edad no puede aplicárseles un proceso penal que ha sido creado pensando en los delincuentes mayores;¹⁴⁰ la minoría de edad penal deberá respetarse, aunque al menor le falte muy poco para poder considerarlo imputable. Sin embargo, ello nos lleva a pensar en el absurdo, de considerar que una persona puede pasar de ser inimputable a imputable, de madurar lo suficiente para querer y entender plenamente sus actos en cuestión de horas, según esté a punto o acabe de cumplir la mayoría de edad.

Es por ello, que consideramos primordial que de inicio, debe elevarse la minoría de edad penal a los 21 años, edad a la que ya se ha alcanzado el pleno desarrollo y la madurez necesaria; debiendo tenerse presente, en primer lugar, la necesidad de aplicar un tratamiento individual a cada menor, de acuerdo a sus propias características y a las del hecho cometido. Es necesario fijar una edad

que el juez de instancia tenga jurisdicción para juzgarlo, ni aun cuando en la fecha en que sea puesto a disposición del Juez Penal, haya cumplido dieciocho años, porque lo que debe tomarse en cuenta es la edad del sujeto activo en el momento de la comisión de la conducta y no una época posterior a su realización; por ello, es ilegal el proceder del Consejo Tutelar para Menores Infractores al poner a disposición de la autoridad judicial al inculcado, por el hecho de haber cumplido dieciocho años."

TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO TERCER CIRCUITO.

Amparo en revisión 301/84. Dimas Cancino Penagos. 30 de agosto de 1984. Unanimidad de votos. Ponente: Isidro Gutiérrez González. Amparo en revisión 336/84. Dimas Cancino Penagos. 30 de agosto de 1984. Unanimidad de votos. Ponente: Isidro Gutiérrez González. Amparo en revisión 331/84. Manuel de Jesús Gallegos Estrada. 26 de septiembre de 1984. Unanimidad de votos. Ponente: Isidro Gutiérrez González. Amparo en revisión 335/84. Manuel de Jesús Gallegos Estrada. 26 de septiembre de 1984. Unanimidad de votos. Ponente: Isidro Gutiérrez González. NOTA: Se elimina la leyenda: "Sostienen la misma tesis

¹⁴⁰ MENORES DE EDAD PROXIMOS A LA MAYORIA. MEDIDAS APLICABLES CUANDO DELINQUEN. (LEGISLACION DEL ESTADO DE TLAXCALA). Si al cometer los delitos que se le imputan, el inculcado era menor de edad, es incuestionable que las medidas que deben aplicársele son las prescritas en favor de los menores de edad, la circunstancia de que le faltaran seis meses, tres meses o un día para cumplir su mayoría de edad penal, no permite al juzgador, por no autorizarlo la ley, que lo trate en igualdad de circunstancias que a los mayores de edad, y si bien es verdad que el artículo 62 del Código Penal para el Estado de Tlaxcala, en su último párrafo, previene que "cuando un menor llegue a los dieciocho años de edad antes de terminar el período de reclusión que se le hubiese fijado, la autoridad encargada de la ejecución de sanciones decidirá prudencialmente si debe ser trasladado al establecimiento destinado a mayores", tal facultad no es sino una cuestión meramente administrativa que no puede trascender en facultades a las autoridades penales para que, de su propio arbitrio, puedan disponer que los menores de edad, según sus características físicas o mentales, puedan ser considerados como mayores y juzgárseles en igualdad de circunstancias que a éstos, puesto que el régimen de minoridad es el que en todo caso debe ser el aplicado".

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo en revisión 153/91. Santos Barba Meneses. 7 de mayo de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Arnoldo Nájera Virgen. Secretario: Gonzalo Carrera Molina.

tope, pero sabemos que esto es absolutamente convencional, y que no implica que el sujeto al cumplir esa edad, amanece con capacidad de culpabilidad.

Para concluir, citamos a RODRÍGUEZ MANZANERA, para quien “se ha hablado mucho de los sistemas progresivos en materia penitenciaria, y ha sido posible comprobar sus ventajas (...) la idea central es que una persona no debe pasar en forma violenta de la prisión a la libertad. Los menores deberían entrar al sistema punitivo en forma progresiva, es decir, no pasarse de un sistema de impunidad absoluta a un sistema de punibilidad total de un sólo golpe. Por esto deben plantearse soluciones alternativas y reconocerse la imputabilidad disminuida.”¹⁴¹

¹⁴¹ RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. op. cit., p. 341.

CAPÍTULO II

SISTEMAS POSITIVOS DE REGULACIÓN JURÍDICA DEL MENOR INFRACTOR

I.- EL MODELO ESPAÑOL

Entre los antecedentes jurídicos españoles en materia de derecho penal juvenil, es de interés comentar los siguientes:¹⁴²

a) El texto de la Legislación sobre Tribunales Tutelares de Menores, de 11 junio 1948, convertía a los Tribunales de Menores en híbridos administrativo-jurisdiccionales, pues se admitía la posibilidad de que se formaran por personas ajenas a la carrera judicial, nombradas por el Ministro de Justicia y que además dependían, según la Ley, de un Organismo, el Consejo Superior de Protección de Menores, dependiente a su vez del Ministerio de Justicia. Esta estructura se alteró con el D. 414/1976, de 26 febrero, que permitió al personal de la carrera judicial o fiscal en activo la compatibilidad de sus funciones con el ejercicio de la jurisdicción de menores.

De acuerdo con la LO 6/1985, de 1 julio, los Tribunales Tutelares de Menores fueron sustituidos por los Juzgados de Menores, dentro de la jurisdicción ordinaria, dejando de ser jurisdicción especial. Se estableció que los Jueces de Menores tenían potestad jurisdiccional (art. 26), correspondiéndoles “el ejercicio de las funciones que establezcan las leyes para con los menores que hubieren incurrido en conductas tipificadas por la ley como delito o falta y aquellas otras que, en relación con los menores de edad, les atribuyan las leyes” (art. 97).

b) Por sentencia del Tribunal Constitucional no 36/1991, de 14 de febrero, se declara nulo el art. 15 de la Legislación sobre Tribunales Tutelares de Menores, por excluir la aplicación de las reglas procesales vigentes de las demás jurisdicciones al proceso de menores, y no respetar, por tanto, los derechos fundamentales que consagra el art. 24 de la Constitución Española, contraviniendo el Tratado Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Convenio Europeo

¹⁴² Cfr. SANCHO VERDUGO, Rafael. “Consideraciones criminológicas sobre la Ley Orgánica N. 5, de 12 de enero de 2000, reguladora de la Responsabilidad penal de los menores”. En **Anuario de Justicia de Menores**. Ed. Astigi, España, 2004, No. IV, pp. 82-84.

para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y la Convención de los Derechos del Niño.

c) Partiendo de la anterior declaración de nulidad, se promulga la LO 4/1992, de 5 de junio, en la cual se reforma la Ley reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de Menores. Este ordenamiento establece un marco flexible para que los Juzgados de Menores puedan determinar las medidas aplicables sobre la base de valorar especialmente el interés del menor.

d) Antes de que entrara en vigor la actual LORPM 5/2000, eran cincuenta y ocho los órganos judiciales que prestaban servicios con competencia en materia de menores. De ellos, sólo treinta y ocho tenían competencia exclusiva.

En la Ley 38/1998, de 28 de diciembre, se preveía una planta de sesenta y tres Tribunales y Juzgados de Menores. A la entrada de la LORPM 5/2000, solo habían sido creados treinta y ocho.

Atendiendo a determinados criterios estadísticos, el Servicio de Inspección propuso, en su informe del año 2000 al CGPJ, una planta judicial de sesenta y tres Juzgados de Menores. En cumplimiento de ésta y de posteriores propuestas y resoluciones sobre necesidades de planta judicial, se pasó de treinta y ocho Magistrados y Jueces de Menores en los años 1998 y 1999, a sesenta y ocho en los años 2000 y 2001.

Sobre la evolución de la legislación española en materia de jurisdicción de menores, Santiago NOGUEIRA, Profesor de Derecho Procesal de la Universidad de Santiago de Compostela, apunta que “La regulación normativa de la actuación de los poderes públicos sobre los menores ha estado siempre presidida por la idea tuitiva, con ausencia de todo carácter represivo; así, por ejemplo, el art. 16 de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores de 1948 excluye de modo expreso de los conceptos jurídicos del Código Penal la materia relacionada con la represión de conductas realizadas por los menores de edad penal. Por otra parte, los Tribunales Tutelares de Menores, pese a su denominación y a estar servidos por miembros de la carrera judicial, no tenían carácter jurisdiccional, de tal manera que se consideraba que su ubicación fuera del ámbito de la jurisdicción y su falta de jurisdiccionalidad eran, precisamente, indispensables para el cumplimiento de sus fines”.¹⁴³

No obstante, continúa el procesalista, “en el sistema de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores (LTTM) de 1948, el sistema es, al mismo tiempo, represivo y protector, ya que los Tribunales Tutelares de Menores se ocupaban tanto del

¹⁴³ NOGUEIRA GANDÁSTEGUI, Santiago. “Observaciones críticas al proceso penal de la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad de Menores”. En **Anuario de Justicia de Menores**. Ed. Astigi, España, 2003, No. III, p. 113.

“enjuiciamiento” de las causas contra los menores como de la protección de éstos frente a las vulneraciones que, eventualmente, pudieran producirse de sus bienes jurídicos (...) hasta la Constitución, los Tribunales Tutelares de Menores eran unos organismos híbridos administrativo-jurisdiccionales; así, la Ley de Tribunales Tutelares de Menores prescindía de las normales garantías, tanto procesales como sustantivas -principio de la legalidad-, dado que, en su inspiración, se incardina en un modelo positivista y correccional que declara al menor de 16 años exento de toda responsabilidad.”¹⁴⁴

No sólo los nuevos postulados teóricos, sino aún, los propios Tribunales, se vieron abocados a reinterpretar los límites de la minoridad, considerando ya no solamente el mero dato de la edad cronológica, sino, “que la verdadera causa de la atenuación de la responsabilidad reside en la madurez del sujeto, trastocando de alguna forma el fundamento atenuante de la menor edad, ya que ello no supone tratar al mayor de dieciocho años como si fuese un deficiente, que no lo es en absoluto, sino como a un individuo que no ha alcanzado la madurez necesaria para abarcar la comprensión del alcance de sus actos”.¹⁴⁵

A ello hay que añadir la preocupación internacional por la justicia de menores, que a partir de la segunda mitad del siglo XX se ha manifestado en numerosos documentos internacionales que inciden en este ámbito.

Con la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, se modifica la Ley de Tribunales Tutelares de Menores de 11 de julio de 1948, dándole al procedimiento de menores carácter constitucional. Como ya señalamos, este ordenamiento deriva de la Sentencia del Tribunal Constitucional en la cual se declara inconstitucional el art. 15 de la LTTM, el cual mandaba a los órganos encargados de estos asuntos prescindir de las formas procesales; se extienden así las garantías procedimentales constitucionales al menor, estableciéndose un hito fundamental para la consolidación del Derecho Penal juvenil en España.

En opinión de MIR PUIG, con relación a la LO 4/1992, “La distinción del tratamiento de los menores y mayores de 12 años que vino a introducir la LO 4/1992 fue plausible. Sin embargo, sólo en parte nos aproximaba a la situación existente en otros países, que desde hacía tiempo preveían una fase intermedia entre la minoría de edad penal y la mayoría plena, fase durante la cual es aplicable un <<Derecho penal juvenil>>, -penal ya, pero distinto en sus consecuencias al de los mayores-. Así, en Alemania un tal Derecho penal juvenil es el aplicable a los jóvenes comprendidos entre los 14 y los 18 años, salvo que

¹⁴⁴ IBIDEM, p. 114.

¹⁴⁵ IBIDEM, p. 116.

no se pueda probar su plena imputabilidad, y a los mayores de 18 años pero menores de 21 años (<<jóvenes adultos>>) en ciertos casos.”¹⁴⁶

Otro hecho considerado igualmente relevante por Santiago NOGUEIRA es la promulgación del Código Penal de 1995, en el cual se establece la minoría de edad penal en los dieciocho años. Ello no significa la inimputabilidad absoluta para los menores de dicha edad, sino que, sin establecer un límite de edad inferior, se les remite a una Ley que regule la responsabilidad penal del menor.¹⁴⁷

A. La Ley Orgánica de 12 de enero de 2000.

La LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, instauro un sistema absolutamente nuevo de enjuiciamiento de las causas en las que los imputados son menores; establece un régimen normativo para todos aquellos menores presuntamente culpables de un delito, pero exentos de responsabilidad criminal según lo planteado en los Códigos Penales.

La anterior legislación española (LO 4/1992) consideraba que el menor de doce años era totalmente inimputable. En el nuevo ordenamiento, la edad de la inimputabilidad absoluta se eleva a los catorce años y la Ley se dirige, fundamentalmente, a los mayores de esta edad y menores de dieciocho años.

Respecto a las características de la ley, según la UNICEF, en síntesis, son cuatro los principios básicos de esta legislación: “sistema garantista, naturaleza sancionadora de contenido educativo, fines de la intervención iguales con el Derecho penal general e interés del menor como un principio de ponderación de intereses en conflicto.”¹⁴⁸

Lo anterior, en teoría, porque es nuestra apreciación, que de origen, el ordenamiento 5/2000 presenta una inconsistencia esencial en cuanto a la manera en que aborda la cuestión de los menores infractores. Como vimos en el capítulo anterior, la evolución de la concepción del menor infractor, ha culminado en últimos tiempos señalando que éste es *inimputable*; entiéndase por ello, no que el menor pueda equipararse al enfermo mental, sino que no puede sujetarse a un régimen de responsabilidad penal similar al que es exigible a los adultos.

¹⁴⁶ MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal. Parte General**. 8a ed., Ed. Reppertor, Barcelona, España, 2006, p. 590.

¹⁴⁷ NOGUEIRA GANDÁSTEGUI, Santiago. op. cit, p. 116.

¹⁴⁸ ETXEBARRIA ZARRABEITIA, Xavier. **UNICEF. Sistemas de Responsabilidad Penal para adolescentes, Seminario Internacional**. UNICEF, Comité País Vasco, España, 2003, pp. 40-41.

Sin embargo, la denominación misma de la ley, hace referencia a que regula la *responsabilidad penal* de los menores. Ello sólo puede entenderse en el sentido de que el legislador consideró, en efecto, que al menor no puede someterse al esquema de los adultos, pero que si es viable aplicarle una medida en base a una responsabilidad *penal*. Con ello, el legislador creó un auténtico *derecho penal de menores*.

Así, persisten las contradicciones en el esquema normativo español. Mientras por un lado, el Código Penal afirma que los menores de 18 años son inimputables; la Ley 5/2000 sienta las bases para que los menores puedan ser declarados responsables en un esquema que no deja de ser *penal*, en esencia, aunque sea diferente al de los adultos.

En este sentido, SERRANO RUIZ-CALDERÓN afirma que: “la LORPM recoge una normativa especial que e aplica a los menores con edades comprendidas entre 14 y 18 años, de forma que estos sí deberán responder de los delitos y faltas cometidos por ellos, si bien de forma diferente a como lo harían los adultos. Lo anterior pone de manifiesto una contradicción ya señalada por la doctrina, puesto que a pesar de ser inimputables según el Código Penal, los menores comprendidos entre esas edades podrán ser declarados responsables penalmente según la LORPM.”¹⁴⁹ A lo anterior, se añade que: “es muy difícil justificar que los menores de 18 años no sean imputables penalmente según el artículo 19 del C.P. y sin embargo se les haga responsables de los delitos y faltas cometidos, aunque sea a través de una legislación especial para menores como es la LORPM. La responsabilidad, por muy menor que sea, es penal y por lo tanto se le debe considerar imputable desde esta edad para poder aplicarles dicha legislación.”¹⁵⁰

Más categórico resulta POLAINO-ORTS, para quien, la inimputabilidad del menor es auténticamente un mito, que además es falso.¹⁵¹

Veamos algunos aspectos generales respecto al esquema de justicia para menores planteado en el ordenamiento.

1. Partes en el proceso.

En el proceso contra menores, se observa que en él actúan principalmente dos partes: el Ministerio fiscal y el menor; pudiendo intervenir ya también el o los

¹⁴⁹ SERRANO RUIZ-CALDERÓN, Manuel (coord.). **Los menores en protección**. Ed. Grupo Difusión, Madrid, España, 2007, p. 100.

¹⁵⁰ IDEM.

¹⁵¹ Véase al respecto: POLAINO-ORTS, Miguel. “La irrupción del Derecho penal del enemigo en la legislación penal de menores”. En **Crónica Jurídica Hispalense**. Tirant lo blanch, Sevilla, España, no. 5/2007, pp. 319-374.

ofendidos como tercera parte, con la naturaleza de acusadores particulares, según la reforma al artículo 25 por la LO 15/2003, que comentaremos más adelante.

El primero aparece en la Ley como defensor y acusador; por un lado, el artículo 6 de la Ley 5/2000 le atribuye la “defensa de los derechos que a los menores reconocen las leyes”; y por el otro, le encarga la “vigilancia de las actuaciones que deban efectuarse en su interés y la observancia de las garantías del procedimiento”.

Al Ministerio Fiscal le corresponde, a su vez, en términos del artículo 16; la incoación del expediente, para lo cual se encargará de recibir las denuncias, custodiar las piezas, los documentos y demás efectos que le hayan sido remitidos; practicar las diligencias de investigación, pudiendo acordar el archivo si tales diligencias no constituyen delito o no tienen autor conocido, notificando tal resolución a los denunciante. Según el artículo 20, deberá incoar un procedimiento por cada hecho delictivo, salvo que aprecie la existencia de conexidad entre ilícitos.

Con relación al menor, se considera que éste no goza de total capacidad, por lo que ésta debe completarse por medio de de las personas o instituciones que señala la ley. En primer término, son sus padres quienes deben complementar la capacidad jurídica del menor. Sin embargo, la ley también reconoce el derecho del menor a ser oído por sí mismo, acorde con el artículo 12 de la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño.

De acuerdo con la ley, si el menor se encuentra detenido, su declaración se efectuará, en todo caso, en presencia, además de su abogado, de aquellos que ejerzan la patria potestad, tutela o guarda del menor (art. 17.2). Si el menor no está detenido (art. 22.1), no necesita, de inicio, la asistencia de sus padres, tutores o guardadores para realizar actuaciones como: ser informado por el Juez, Ministerio Fiscal o agente de Policía de los derechos que le asisten; designar abogado que le defienda, o a que le sea designado de oficio y a entrevistarse reservadamente con él, incluso antes de prestar declaración; intervenir en las diligencias que se practiquen durante la investigación preliminar y en el proceso judicial, y a proponer y solicitar, respectivamente, la práctica de diligencias; ser oído por el Juez o el Tribunal antes de que adopten cualquier resolución que le concierna personalmente; la asistencia afectiva y psicológica en cualquier estado del procedimiento, con asistencia de los padres o de otra persona que indique el menor, si el Juez de Menores autoriza su presencia; y la asistencia de los servicios del equipo técnico adscrito al Juzgado de Menores.

En palabras del procesalista NOGUEIRA GANDÁSEGUI: “Estas actuaciones, no cabe duda, forman un conjunto heterogéneo que es preciso examinar para ver si,

realmente, son actuaciones que el menor puede realizar por sí mismo o si habrá de necesitar la asistencia de sus padres, tutores, etc.”¹⁵²

Existen ciertas actuaciones, como ser informado sobre sus derechos o ser oído directamente por el Juez, que NOGUEIRA GANDÁSEGUI llama “personalísimas”, las cuales, “ha de realizar el menor por sí mismo (y que, en su contenido, desde luego, tampoco son exclusivas del Derecho Penal de menores, ya que la opinión del menor se tiene en cuenta en decisiones que le afecten personalmente y que hayan de ser adoptadas por el Juez, por ejemplo en caso de separación de los padres -art. 92.2 del Código Civil-).”¹⁵³ Otras actuaciones, pueden ser realizadas completándose por los representantes legales del menor, ya sea sus padres, tutores o similares; ello se justifica en base “a dos tipos de argumentos: uno, jurídico-positivo, y otro, teleológico o finalístico respecto a la naturaleza y los fines de la patria potestad y de otras instituciones tutelares.”¹⁵⁴

Por lo que hace al primer aspecto, el punto de vista jurídico, NOGUEIRA GANDÁSEGUI apunta que “la designación de abogado, o la decisión de que le sea designado de oficio, es una decisión que no solo afecta al derecho de defensa, ya que es la piedra angular del mismo, sino que, además, supone la realización de un contrato de arrendamiento de servicios, porque la designación de abogado impone al cliente -en este caso, menor- la obligación del pago de honorarios (art. 44 del R.D. 658/2001, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía), de los que el solicitante de los servicios del abogado no esta automáticamente exento en caso de que la actuación sea de oficio, sino solo si obtiene el derecho a la justicia gratuita (art. 45 RD 658/2001).”¹⁵⁵

Y desde el punto de vista teleológico, “hay que tener en cuenta que el art. 110 del Código Civil, en su redacción actual -novedad introducida por la Ley 11/1981- es consecuencia del artículo 39 de la Constitución e impone la obligación positiva de actuar en interés de los hijos. Está fuera de toda duda que el derecho de defensa del menor imputado no es una cuestión meramente procedimental, sino que constituye el núcleo de los derechos fundamentales de todo menor imputado ante un proceso penal.”¹⁵⁶

Es muy importante también considerar en este apartado el papel de la víctima en el proceso. Del contenido de la Exposición de Motivos de la LO 5/2000 y su reflejo en el texto articulado de la Ley, puede afirmarse que el rol de la víctima en el proceso es fundamental, pues, según se sabe de la práctica judicial, si bien la mayor parte de los delitos son perseguibles de oficio, en la realidad, sólo se

¹⁵² NOGUEIRA GANDÁSEGUI, Santiago. op. cit., pp. 144-145.

¹⁵³ IDEM.

¹⁵⁴ IDEM.

¹⁵⁵ IDEM.

¹⁵⁶ IDEM.

persiguen los delitos denunciados. La misma Exposición de Motivos de la ley apuntaba que: “Esta Ley arbitra un amplio derecho de participación a las víctimas, ofreciéndoles la oportunidad de intervenir en las actuaciones procesales proponiendo y practicando prueba, formulando conclusiones e interponiendo recursos.”

Al respecto, puede afirmarse que la Ley confunde la terminología, al no distinguir entre ofendido, perjudicado y víctima, situación que requiere ser aclarada, ya que, en primer lugar, estas palabras (ofendido, perjudicado y víctima) no son sinónimos en forma alguna, ni en el lenguaje ordinario ni en el jurídico.

En este sentido, se ha pronunciado NOGUEIRA GANDÁSEGUI, apuntando que: “a) Ofendido y perjudicado son términos perfectamente acuñados en el lenguaje jurídico y que expresan situaciones distintas, que frecuentemente coinciden en el mismo individuo, pero no siempre; así, por ejemplo, si un representante de joyería lleva muestrarios que son propiedad del fabricante y le son hurtados, no cabe duda de que el ofendido es el representante, y el perjudicado, es decir, quien sufre el menoscabo patrimonial, el fabricante” y; “b) Víctima es un término con escasa proyección jurídica -salvo en legislación específica sobre conductas como malos tratos, etc.-, y más bien es un concepto criminológico y, concretamente en esta disciplina, problemático, de perfiles inciertos que pueden abarcar un enorme abanico de posibilidades.”¹⁵⁷

En su redacción original, el art. 25 de la Ley 5/2000 establecía que si el menor era mayor de dieciséis años, el perjudicado podría:

- 1) Personarse en el procedimiento.
- 2) Tener vista de lo actuado.
- 3) Ser notificado de las diligencias que se soliciten y acuerden.
- 4) Proponer pruebas que versen sobre el hecho delictivo y las circunstancias de su comisión, salvo en lo referente a la situación psicológica, educativa, familiar y social del menor.
- 5) Participar en la práctica de pruebas, ya sea en fase de instrucción, ya sea en fase de audiencia.
- 6) Recurrir la denegación del Fiscal sobre la personación.
- 7) Proponer pruebas en el escrito de alegaciones o en la fase de audiencia.
- 8) Ser oído por el Juez sobre la práctica de nuevas pruebas y sobre los hechos probados resultantes de las mismas y sobre la participación del menor, sin poder pronunciarse sobre las medidas.
- 9) Recurrir las resoluciones del Juez que afecten a las anteriores facultades.
- 10) Interponer recurso de apelación contra la sentencia del Juez de Menores.
- 11) Proponer prueba en segunda instancia.

¹⁵⁷ IBIDEM, p. 147.

No obstante, en el mismo primer párrafo del artículo 25, se señalaba la inexistencia de la *acción particular*. El texto fue reformado por la Disposición Final Segunda de la LO 15/2003 de 25 de noviembre de 2003 que modificó la LO 5/2000. En la nueva redacción, se atribuye al o a los ofendidos, la posibilidad de personarse en el procedimiento como acusadores particulares, importante giro respecto a la anterior naturaleza de este numeral.

Según el nuevo texto, podrán personarse en el procedimiento como acusadores particulares, las personas directamente ofendidas por el delito, sus herederos o sus representantes legales si fueran menores de edad o incapaces, con las facultades y derechos que derivan de ser parte del procedimiento, entre los que están, entre otros:

- a) Ejercitar la acusación particular.
- b) Instar la imposición de medidas a las que se refiere la ley.
- c) Tener vista de lo actuado.
- d) Proponer pruebas y participar en la práctica de éstas.

Corresponde al Juez de Menores admitir la personación del acusador particular. Estas disposiciones de reforma por la LO 15/2003, contravienen lo dispuesto en el espíritu inicial de la LO 5/2000, pues en la misma Exposición de Motivos de ésta última, se afirmaba que la participación del ofendido se establecía de: “un modo limitado, ya que respecto de los menores no cabe reconocer a los particulares el derecho a constituirse en parte acusadora con plenitud de derechos y cargas procesales. No existe aquí la acción particular por los perjudicados por el hecho criminal, ni la acción popular de los ciudadanos, porque en estos casos el interés prioritario para la sociedad y el Estado coincide con el interés del menor.”

Difícil es entender esta reforma. A nuestro juicio, el legislador, atendiendo supuestamente a la necesidad de elevar el nivel de participación del ofendido en el proceso, revalorando su posición como receptor del daño que significa la conducta ilícita; le otorga el carácter de parte, con lo cual, deja de ser un mero coadyuvante con el Ministerio Fiscal, para pasar a tener el poder de actuar en el proceso de acuerdo a sus intereses; otorgándosele inclusive la posibilidad, según el inciso b) del artículo 25, de instar la imposición de las medidas al menor.

Lo anterior, si bien resulta sumamente loable en un ámbito penal para adultos, en la esfera del derecho de menores nos parece incorrecto; toda vez, que se olvida que tratándose de menores infractores, lo que está en juego no son los intereses de dos particulares que entraron en conflicto; sino el interés superior del propio menor y de la sociedad en que el infante se reintegre a la conducta respetuosa de la norma por medio de la reeducación.

Ello, dado que el enjuiciamiento en que se actúa no es cualquier enjuiciamiento, sino el del menor, cuya finalidad no es otra que proteger a un

menor en edad evolutiva, protección que podría desvirtuarse ante la puesta en escena judicial de un “particular” acusador y extremadamente punitivo, que ejercitaría su pretensión atendiendo a consideraciones ajenas al interés superior del menor vigente en este ámbito, pudiendo ser su presencia un elemento distorsionador que de lugar a disfunciones y efectos perturbadores en el sistema.¹⁵⁸

Sobre este particular, Gerardo LANDROVE DÍAZ afirma que: “Con la coartada de alcanzar una mejor protección de las víctimas en este ámbito, la endurecedora Ley Orgánica de reforma de 25 de noviembre de 2003 ha incorporado al procedimiento de menores la acusación particular y, sobre todo, el expreso reconocimiento a instar por la misma la imposición de las medidas sancionadoras-educativas contenidas en la Ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores. El dramatismo penal, que en su día se trató de evitar, se incorporó así al procedimiento de menores con una formulación mimética de la que rige el proceso penal de adultos, ignorando que la Justicia juvenil se caracteriza por la indeterminación legal de las medidas y la flexible individualización judicial de las mismas, en función de las circunstancias, personalidad e interés del menor. La acusación en el proceso no depende ya exclusivamente del Ministerio Fiscal.”¹⁵⁹

No es lo anterior, a nuestro juicio, sino otro paso dentro del sistema español para equiparar el sistema de menores al derecho penal de los adultos. La posición se ratifica, con la nueva enumeración de derechos de la víctima y del ofendido que se hace en el reformado artículo 4 según la LO 8/2006.

2. Fases del procedimiento.

Por lo que hace a las fases del procedimiento, Habiendo comentado el papel de las partes en el procedimiento de menores, describiremos las fases de éste. En la primera etapa, de Instrucción, corresponde al Ministerio Fiscal ejercitar las acciones penales. Si bien, el Ministerio Fiscal puede actuar de oficio, se establece en la ley que quienes tuvieran noticia de un acto delictivo presuntamente cometido por un menor de dieciocho años, deberán ponerlo a conocimiento del Fiscal.

Así, el Ministerio Fiscal puede proceder tanto cuando medie previa denuncia, como de oficio. Ello, en el entendido de que el Ministerio Fiscal es un órgano constitucionalmente llamado a la protección de la legalidad, de acuerdo con la naturaleza jurídica que se define en su Estatuto orgánico. Si bien, NOGUEIRA

¹⁵⁸ SANZ HERMIDA, Ágata. “La víctima en el proceso penal de menores”. En **Anuario de Justicia de Menores**. Ed. Astigi, España, 2001, No. I, p. 200.

¹⁵⁹ LANDROVE DÍAZ, Gerardo. **Introducción al Derecho penal de menores**. 2ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, España, 2007, p. 107.

considera que “las condiciones objetivas de procedibilidad, si bien son presupuestos de carácter procesal, están establecidas expresamente en el Código Penal para aquellos delitos y faltas para los que el legislador, expresamente, prevé que sólo mediante denuncia o querrela se puedan perseguir”; debe considerarse que “El propio artículo 16.5 in fine dispone que, concurriendo en el mismo hecho delictivo mayores y menores, respecto de estos, el Juez de Instrucción dará cuenta al Juzgado de Menores. Por otra parte, parece lógico que, si el Ministerio Fiscal tiene el monopolio de la acusación, pueda actuar de oficio, puesto que, llegado el momento, si lo encuentra aconsejable, puede desistir del ejercicio de la acción penal; pero lo lógico es que este desistimiento venga precedido de un detenido estudio de la cuestión, lo que solo puede hacerse si previamente se ha incoado el expediente.”¹⁶⁰

Admitida la denuncia a trámite, el Ministerio Fiscal practicará las diligencias que considere pertinentes para la comprobación del hecho y la probable responsabilidad del menor; una vez efectuado esto, el Ministerio Fiscal dará cuenta, si procede, a la incoación del expediente al Juez de Menores, abriendo la instrucción.

En el ámbito del derecho punitivo, la instrucción es la etapa procesal que se integra por el “conjunto de actuaciones tendientes a esclarecer las circunstancias de un hecho con apariencia de delito, así como la averiguación de las circunstancias del presunto autor o autores (identidad, imputabilidad y culpabilidad). Estas actuaciones abarcaría la adopción de medidas cautelares tanto personales (para asegurar la sujeción del presunto responsable al procedimiento) como reales (para asegurar las responsabilidades pecuniarias en que hubiera podido ocurrir)”.¹⁶¹ A ello se agrega, en el procedimiento de menores, la característica de que se compruebe si conviene al interés del menor poner fin al procedimiento anticipadamente, si concurren los supuestos legales que establece el artículo 18 de la LORPM.

Estas diligencias preliminares, orientadas a la comprobación del delito y de la culpabilidad del presunto infractor; corresponden al contenido del art. 16.3 de la Ley 5/2000, el cual establece, para el caso de que el Ministerio Fiscal admita a trámite la denuncia, que: “Custodiará las piezas, documentos y efectos que le hayan sido remitidos, y practicará, en su caso, las diligencias que estime pertinentes para la comprobación del hecho y de la responsabilidad del menor en su comisión”; y el art. 23 dispone que: “la actuación instructora del Ministerio Fiscal tendrá como objeto tanto valorar la participación del menor en los hechos, para expresarle el reproche que merece su conducta, como proponer las concretas

¹⁶⁰ NOGUEIRA GANDÁSTEGUI, Santiago. op. cit., p. 151.

¹⁶¹ DE URBANO CASTRILLO, Eduardo y DE LA ROSA CORTINA, José Miguel. **Comentarios a la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor**, Aranzadi Editorial, Navarra, España, 2001, p. 115.

medidas de contenido educativo y sancionador adecuadas a las circunstancias del hecho y de su autor y, sobre todo, al interés del propio menor valorado en la causa.”

De acuerdo con el mismo numeral, el Ministerio Fiscal no podrá practicar por sí mismo diligencias restrictivas de derechos fundamentales, sino que habrá de solicitar al Juzgado la práctica de los que sean precisos para el buen fin de las investigaciones. El Juez de Menores resolverá sobre esta petición por auto motivado.

Tratándose de la detención del menor, según el artículo 17, ésta deberá llevarse a cabo con respeto a todas las garantías y derechos como el que se le informen los hechos que se le imputan y las razones de la detención, así como los derechos que le protegen; el derecho a guardar silencio, a no declarar contra sí mismo, a la asistencia letrada y a la de un intérprete cuando sea necesario, así como a ser reconocido por un médico forense. La detención deberá llevarse a cabo de manera que cause el menor perjuicio al infractor.

La detención policial no puede durar más de veinticuatro horas, sin que se ponga a disposición del Ministerio Fiscal o sea liberado. Si es puesto a disposición del Fiscal, el término para que se resuelva sobre su situación (si se pone en libertad o se pone a disposición del Juez de menores competente, principalmente) es de cuarenta y ocho horas.

Sintetizando, señala DE LA ROSA CORTINA que “la fase de instrucción se inicia con un acuerdo expreso del Fiscal en tal sentido. Esta fase no debe ser abierta por el Fiscal en tanto no concurren los siguientes requisitos: 1) que los hechos denunciados resulten verosímiles, 2) que los hechos denunciados tengan relevancia penal; 3) que incriminen a una o varias personas menores de edad y mayores de 14 años; y 4) que el interés de los menores implicados no exija o aconseje hacer uso del principio de oportunidad archivando directamente las actuaciones.”¹⁶²

En la fase de Incoación, según determina el art. 16 de la Ley 5/2000, la decisión de incoar el expediente corresponde al Ministerio Fiscal, el cual podrá adoptar las siguientes decisiones:

- a) Incoar expediente, en cuyo caso dará cuenta al Juzgado de Menores.
- b) No incoar expediente. Esta decisión puede responder a dos tipos de razones:
 - b.1) Que el hecho denunciado no sea constitutivo de delito.

¹⁶² IBIDEM, pp. 116-117.

b.2) Desistimiento del Ministerio Fiscal de la incoación del expediente cuando se trate de delitos menos graves, sin violencia o intimidación a las personas, o de faltas (art. 18).

A lo anterior, cabría agregar que la “decisión de no incoar el expediente y la de desistir del mismo (...) responden a un único fin, que es el del ejercicio o no de la acción penal (...) En todo caso, el desistimiento de la incoación del expediente no significa que cese la intervención sobre el menor, ya que, por un lado, subsistirá la responsabilidad civil y se abrirá la correspondiente pieza, y, por otro, el Fiscal dará cuenta a las entidades públicas de protección”.¹⁶³ A lo cual añade que: “desde el punto de vista metodológico es una cuestión fundamental, ya que la doctrina científica ha puesto en entredicho muy seriamente la constitucionalidad de la figura del Juez instructor, en cuanto que los órganos judiciales tienen como función constitucional dimanante del art. 117.3 CE la de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, no la de acusar. Así pues, la instrucción encomendada al Ministerio Fiscal no puede considerarse, a nuestro juicio, una nueva particularidad de la Ley Penal del Menor, sino un paso más en la evolución legislativa, en la línea ya marcada por la Exposición de Motivos de la LECrim.”¹⁶⁴

De la participación del Juez de Menores en la etapa de instrucción, denominada legalmente *Expediente*, puede verse que no instruye, pero a la vez no está ausente. “El planteamiento que hace la ley del Menor de la cuestión es perfectamente lógico; ahora bien, el legislador no ha tenido en cuenta ni el aspecto orgánico ni el aspecto procesal del problema. Desde el punto de vista procesal, ya lo hemos visto desde el principio, y es la causa por la que esta Ley ve la luz, estamos ante un verdadero processus iudicii mediante el cual el Estado encauza su poder represor. Por lo tanto, es constitucionalmente necesaria la presencia de todas las garantías del imputado en todas las fases del proceso.”¹⁶⁵

Más aún, “desde el punto de vista orgánico, habremos de preguntarnos si el Juez de Menores que autoriza una diligencia en la que se ven comprometidos los derechos fundamentales queda “contaminado” o no. Si la respuesta es negativa, nos habremos planteado en falso este problema, pero si la respuesta es positiva existirá una importante laguna legislativa, porque ese Juez de Menores no podrá actuar en el plenario, en la fase de audiencia, como dice la Ley. En definitiva, en el juicio, puesto que la instrucción, obviamente, no lo es.” De tal suerte, que “(...) la cuestión de la imparcialidad objetiva del Juez que adopta decisiones en fase de instrucción y luego conoce del plenario es un tema que ha originado una importante jurisprudencia cuyas conclusiones no son siempre concordantes y presentan importantes problemas interpretativos, al ser necesario que el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional hayan ido pronunciándose, caso por caso,

¹⁶³ NOGUEIRA GANDÁSTEGUI, Santiago. op. cit., p. 151.

¹⁶⁴ IBIDEM, p. 152.

¹⁶⁵ IBIDEM, p. 155.

sobre si determinadas actuaciones de un Juez durante la instrucción comprometen su imparcialidad objetiva.”¹⁶⁶

Durante el proceso de instrucción del expediente, el Ministerio Fiscal deberá requerir, en términos del artículo 27, que el equipo técnico proceda a la elaboración de su informe o a la actualización del mismo, cuando exista con anterioridad; el cual deberá entregarse en un plazo de diez días. Una vez elaborado éste, se remitirá inmediatamente al Juez de Menores dando copia del mismo al asistente letrado del menor.

Respecto al informe del equipo técnico, se apunta que “En nuestra opinión, el informe debe ceñirse a las circunstancias que, en su caso, pudieran haber influido para la presunta comisión del hecho denunciado y no cualquier otro comportamiento o circunstancia del menor que puedan aconsejar la adopción de una medida, pues las medidas contempladas en esta Ley son respuesta a los hechos objeto de denuncia, una vez acreditados, y no respuesta a las necesidades detectadas en el menor, para las que existen otras medidas aplicables desde las instituciones de protección.”¹⁶⁷

A mayor abundamiento, sobre la imparcialidad del Equipo Técnico, se apunta que: “La adscripción funcional del Equipo Técnico al Ministerio Fiscal, parte del proceso, puede ser cuestionada desde el punto de vista de su imparcialidad. Quizá sería más correcta la adscripción repetida a lo largo de toda la Ley Orgánica, a los Juzgados de Menores, sin perjuicio de que emitan el informe referido en este precepto a instancias del Ministerio Fiscal.”¹⁶⁸

Es viable, que el Ministerio Fiscal solicite al Juez la ejecución de medidas cautelares, según el artículo 28, cuando existan indicios racionales de que el menor se sustraiga de la acción de la justicia, o que atente contra los bienes jurídicos de la víctima. Estas medidas, pueden consistir en internamiento en centro en el régimen adecuado, libertad vigilada, prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima, entre otras. La medida durará hasta que recaiga sentencia firme.

Sobre las medidas cautelares, se ha apuntado que: “La Ley Orgánica refleja quizás una cierta contradicción entre las finalidades de las medidas cautelares, al hablar por un lado de evitar el “riesgo de eludir u obstruir la acción de la justicia” y luego de “medidas cautelares para la custodia y la defensa del menor expedientado”. Las posibles medidas en defensa del menor no tienen justificación

¹⁶⁶ ÍDEM.

¹⁶⁷ **Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores.** 2ª ed., COLEX, Madrid, España, 2007, p. 176.

¹⁶⁸ ÍDEM, p. 177.

en un proceso penal, sin perjuicio de otras medidas protectoras necesarias pero independientes del proceso penal.”¹⁶⁹

De especial interés nos resulta la posibilidad de que pueda imponerse al menor la medida de internamiento; esto, a nuestro juicio, constituye una violación al principio de interés superior del menor, toda vez, que se autoriza a que se le imponga una medida restrictiva de su libertad, que es una auténtica prisión preventiva, aún cuando sea llamada *cautelar*, sin que medie sentencia judicial que resuelva sobre su culpabilidad en el acto; quebrantando la presunción de inocencia y el principio de que no sea sometido a medidas restrictivas de la libertad sino como última instancia.

Acabada la instrucción, según el artículo 30, el Ministerio Fiscal resuelve la conclusión del expediente, notificando a las partes, y lo remite al Juzgado de menores con las piezas de convicción, los efectos existentes, así como un escrito de alegatos refiriendo la descripción de los hechos, la valoración jurídica de éstos, el grado de participación del menor, acompañada de una reseña sobre sus circunstancias personales y sociales; proponiendo al Juzgador, las medidas a imponer según la ley, fundamentadas jurídica y educativamente. En esta etapa, puede a su vez solicitarse el sobreseimiento.

Inicia la segunda etapa del procedimiento, consistente en las alegaciones del Ministerio Fiscal; los trámites de preparación de la audiencia, en la cual el menor será juzgado oralmente; y finalmente la celebración de ésta. Recibidos los documentos del Ministerio Fiscal por el Juez, éste abre el trámite de audiencia; el Secretario judicial da traslado a quienes ejercitan la acción penal y civil (entiéndase, el o los ofendidos), para que en un término de cinco días hábiles formulen sus escritos de alegatos y propongan las pruebas que consideren. Posteriormente, se da traslado de todo lo actuado al defensor del menor, para que éste en un término de cinco días hábiles formule a su vez alegaciones y proponga pruebas.

Presentadas las alegaciones y ofrecidas las pruebas por el defensor del menor, el Juez de menores, dentro del plazo de cinco días acuerda sobre la procedencia de las pruebas, mediante auto de apertura de la audiencia; corresponde al Secretario señalar día y hora para la celebración de ésta, lo cual deberá ser dentro de los diez días siguientes.

Al respecto, se señala que: “Parece que la decisión del Juez de Menores de abrir el trámite de audiencia es un mero acto procesal de trámite, sin que tenga la trascendencia que se otorga en la jurisdicción de adultos al auto resolviendo la apertura de juicio oral (control jurisdiccional frente a acusaciones infundadas) (...) De hecho, encomienda al Secretario Judicial del Juzgado de Menores la

¹⁶⁹ IBIDEM, p. 183.

incorporación del escrito de alegaciones del Ministerio Fiscal y el traslado de las actuaciones a las acusaciones particulares, a la defensa del menor y a los responsables civiles sin control judicial.”¹⁷⁰

La audiencia, en términos del artículo 35, debe celebrarse con la presencia de:

- a) el Ministerio Fiscal
- b) las partes personadas, es decir, el o los ofendidos
- c) el letrado del menor
- d) un representante del equipo técnico que haya emitido el informe previo
- e) el propio menor, pudiendo acompañarse de sus representantes legales.
- f) en ciertos casos, el representante de la entidad pública de protección o reforma, cuando se hayan ejecutado medidas cautelares, o el menor hubiera sido sometido previamente en otro procedimiento a una medida.
- g) sin ser obligatoria su presencia, las personas a quienes se exija responsabilidad civil.

La audiencia se celebrará atendiendo a los principios constitucionales de publicidad, pudiendo el Juez de menores, acordar que se realice a puerta cerrada cuando así lo exija el interés del menor o de la víctima. Iniciada la audiencia, el Juez informará al menor de las medidas y la responsabilidad civil solicitadas por el Ministerio Fiscal, así como de la acusación particular cuando exista; junto con los hechos en que se fundan.

El menor, asesorado por su letrado, deberá expresar su conformidad o inconformidad con los hechos aducidos, los alegatos y las medidas propuestas. Si se expresa la conformidad, el Juez dictará la resolución en dichos términos. Si se expresa inconformidad, se pasará a desahogar la prueba o pruebas referidas al punto en controversia.

Practicadas las pruebas, el Juez oír al Ministerio Fiscal, a quien haya ejercitado la acción penal, al letrado del menor y al resto de los actores presentes, como el actor civil o los terceros responsables civilmente; para que se expresen con relación a la valoración de la prueba, su calificación jurídica y la procedencia de la medida propuesta, dando espacio en este último renglón, a la opinión del equipo técnico y de la entidad pública de protección o reforma.

Por último, se dará al menor la voz, y el expediente se declarará visto para sentencia, la cual deberá dictarse en un plazo máximo de cinco días tras la finalización de la audiencia, según dispone el artículo 38. No sobra señalar, que la sentencia deberá cumplir con los requisitos que se exigen por la Ley Orgánica del Poder Judicial para las resoluciones judiciales.

¹⁷⁰ IBIDEM, p. 195.

Respecto a los recursos, se incluyen en la LO 5/2000 los de apelación y reforma, en términos del artículo 41; u el de casación para unificación de doctrina, según el artículo 42.

Por último, con relación a la Disposición Transitoria Única de la LORPM, prevista para atender el proceso de transición al nuevo sistema que deja sin efectos la ley de 1992; se prevé que los menores que se encontraren cumpliendo medidas con base en el régimen anterior, continuarán la extinción de las mismas según el contenido de la ley 4/1992; salvo en el caso de los menores de catorce años, para quienes cesará el cumplimiento de toda medida, además de otras disposiciones que tienden a la aplicación retroactiva de la LORPM 5/2000, en beneficio de los menores. Al respecto, se apunta que “todo régimen transitorio es complejo, en especial si se trata de una norma penal, ya que ésta tiene carácter retroactivo siempre que sea más favorable, aplicándose a hechos anteriores a su vigencia.”¹⁷¹

B. La Reforma por la Ley Orgánica de 4 de diciembre de 2006

El 5 diciembre de 2006, fue publicada la LEY ORGÁNICA 8/2006, de 4 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

Atendiendo a la Exposición de motivos de esta disposición, transcurridos cinco años desde la aprobación de la Ley Orgánica 5/2000, el Gobierno realizó una evaluación de los resultados de aplicación. Se cita textualmente: “Las estadísticas revelan un aumento considerable de delitos cometidos por menores, lo que ha causado gran preocupación social y ha contribuido a desgastar la credibilidad de la Ley por la sensación de impunidad de las infracciones más cotidianas y frecuentemente cometidas por estos menores, como son los delitos y faltas patrimoniales. Junto a esto, debe reconocerse que, afortunadamente, no han aumentado significativamente los delitos de carácter violento, aunque los realmente acontecidos han tenido un fuerte impacto social. Con el objetivo de resolver estos problemas, esta Ley Orgánica plantea la revisión de determinados aspectos de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.”¹⁷²

¹⁷¹ DOLZ LAGO, Manuel Jesús. **Derecho Transitorio Penal de Menores (Comentarios al Derecho Transitorio de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los menores)**. Dykinson, Madrid, España, 2001, p. 55.

¹⁷² LEY ORGÁNICA 8/2006, de 4 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Exposición de motivos.

Lo anterior, se entiende en un único sentido: tras cinco años de entrada en vigor de la ley, ésta no ha contribuido a la disminución del fenómeno del menor infractor; por lo contrario, el índice de estas conductas se ha elevado. Ante este panorama, el legislador español considera necesario efectuar reformas a la ley, pero esto lo hace en un sentido que como hemos venido sosteniendo a lo largo de este trabajo, no es precisamente el más adecuado: elevando la severidad, y por ende, el carácter punitivo de las medidas aplicables a menores infractores.

Lo que no fue considerado, es que este fracaso de la LO 5/2000 bien pudiera adjudicarse al mismo modelo de justicia *cuasi-penal* elegido por los legisladores para atender el problema de los menores infractores. Con ello me refiero a lo que Fátima PÉREZ JIMÉNEZ, con relación a la promulgación de la LORPM 5/2000 y su sistema penal, expresa basándose en APARICIO BLANCO: “ni nuestro texto constitucional ni los acuerdos internacionales obligan al legislador a abordar el problema de la delincuencia de menores a través de un modelo de justicia penal. Si se ha optado por esta solución, se tendrá que hacer sin ambigüedades, aceptando sus limitaciones, sin ignorar el frecuente fracaso del sistema penal como instrumento para la lucha contra el delito y la prevención de la reincidencia. A esta situación, se suma el hecho de que esta Ley Orgánica se ha redactado y aprobado sin conocer la realidad social sobre la que se va a actuar y sin acudir a estudios criminológicos foráneos que dejen ver los efectos del sistema de justicia juvenil.”¹⁷³

No obstante, en plena contradicción de principios, el legislador trata de asumirse como defensor del interés superior del menor, mientras que en el texto legal, lejos de conciliar, subordina éste al ejercicio de una revitalizada función punitiva. Así se ve en la misma Exposición de Motivos: “El interés superior del menor, que va a seguir primando en la Ley, es perfectamente compatible con el objetivo de pretender una mayor proporcionalidad entre la respuesta sancionadora y la gravedad del hecho cometido, pues el sistema sigue dejando en manos del juez, en último caso, la valoración y ponderación de ambos principios de modo flexible y en favor de la óptima individualización de la respuesta. De otro modo, nos llevaría a entender de un modo trivial que el interés superior del menor es no sólo superior, sino único y excluyente frente a otros bienes constitucionales a cuyo aseguramiento obedece toda norma punitiva o correccional.”¹⁷⁴

Así, bajo el concepto de “mayor proporcionalidad entre la respuesta sancionadora y la gravedad del hecho cometido”, se justifica el aumento en el carácter penal de las medidas aplicables al menor; desvirtuando el que a nuestro

¹⁷³ PÉREZ JIMÉNEZ, Fátima. **Menores infractores: Estudio empírico de la respuesta penal**. Tirant lo blanch, Valencia, España, 2006. pp. 130-131.

¹⁷⁴ LEY ORGÁNICA 8/2006, de 4 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Exposición de motivos.

juicio debiera ser su carácter rehabilitador, ajeno al mero interés punitivo o correccional.

Incide en la esfera del Derecho de menores, el principio de proporcionalidad, que se había considerado marginado de este ámbito jurídico, siendo exclusiva su aplicación en el derecho penal de adultos. Con la reforma 8/2006, “La clásica ruptura del Derecho Penal de menores con el principio de proporcionalidad, más propio de un sistema retributivo y puramente sancionador, cede ante unos postulados normativos que declaran expresamente la verdadera naturaleza del sistema de responsabilidad de menores. Junto a esta expresa manifestación, muchas son las alusiones normativas que indirectamente, sin expresar abiertamente la proporcionalidad, contribuyen a una identificación directa con la misma. El artículo 7.3 de la Ley que contempla los principios inspiradores en la aplicación de las medidas, aunque no alude de manera expresa a la mencionada proporcionalidad, destaca que en la elección de la medida se atenderá a “la valoración jurídica de los hechos”, inciso que ha sido interpretado por la doctrina como un resquicio del principio de proporcionalidad al que se quiere eludir.”¹⁷⁵

En esta misma tesitura, “se amplían los supuestos en los que se pueden imponer medidas de internamiento en régimen cerrado a los menores, añadiendo al ya existente los casos de comisión de delitos graves y de delitos que se cometan en grupo o cuando el menor perteneciere o actuare al servicio de una banda, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades.”¹⁷⁶

Además, “se adecua el tiempo de duración de las medidas a la entidad de los delitos y a las edades de los menores infractores, y se suprime definitivamente la posibilidad de aplicar la Ley a los comprendidos entre dieciocho y veintiún años”.¹⁷⁷ Esta última disposición, que a nuestro juicio era un importante avance en la materia, al extender la posibilidad de inimputabilidad a quienes por su estado de madurez, si bien tuvieran más de 18 años, aún podían considerarse menores, ha sido suprimida por, insistimos, la irreflexividad que acompaña a la solicitud de medidas que atienden sólo los síntomas, y no las causas del problema.

Ello, dado que con el establecimiento de este régimen de mayores de 18 años, se reconocía la imposibilidad de fijar un criterio absoluto como punto de partida para considerar la plena madurez del individuo. Sobre ello, coincidimos en que dicha previsión probaba “que el legislador español es consciente de que no existe una diferencia tajante en el grado de madurez entre los denominados menores y los jóvenes, y que no basta con la reducción de la pena en uno o dos

¹⁷⁵ PÉREZ MACHÍO, Ana Isabel. **El tratamiento jurídico-penal de los menores infractores –LO 8/2006-**. Tirant lo blanch, Valencia, España, 2007, Colección Monografías 412, p. 85.

¹⁷⁶ IDEM.

¹⁷⁷ IDEM.

grados, sino que a veces estos jóvenes requieren un tratamiento equiparado al de los menores. De ahí la necesidad de reconocer una fase de transición del adolescente (18 a 21 años).¹⁷⁸

Por otro lado, “se añade una nueva medida, semejante a la prevista en el Código Penal, consistente en la prohibición al menor infractor de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez”.¹⁷⁹ Esta disposición, también tiende a regresar al menor infractor al ámbito del derecho penal, al aplicarle una disposición prevista para adultos, además de que puede considerarse violatoria de garantías por las facultades discrecionales que otorga al juez.

Mucho más grave aún resulta la nueva facultad otorgada al “juez para poder acordar, previa audiencia del Ministerio Fiscal y la entidad pública de protección o reforma de menores, que el menor que estuviese cumpliendo una medida de internamiento en régimen cerrado y alcanzase la edad de dieciocho años, pueda terminar de cumplir la medida en un centro penitenciario cuando su conducta no responda a los objetivos propuestos en la sentencia. Al mismo tiempo, si la medida de internamiento en régimen cerrado se impone al que ha cumplido veintiún años o, impuesta con anterioridad, no ha finalizado su cumplimiento al alcanzar dicha edad, el juez ordenará su cumplimiento en un centro penitenciario, salvo que excepcionalmente proceda la sustitución o modificación de la medida.”¹⁸⁰

Con la anterior disposición, la ley cumple el cometido de criminalizar completamente al menor, encausándolo ya de por vida a la carrera criminal. Es imposible pensar que un menor, que después de haber sido internado en un establecimiento para menores, pase a terminar su condena a un centro para adultos pueda alcanzar alguna rehabilitación. Por lo contrario, obtendrá un auténtico *Título en delincuencia*, siendo estigmatizado de por vida.

Las demás reformas van en el mismo sentido: se aumentan las causas que posibilitan adoptar medidas cautelares; se amplía la duración de la medida cautelar de internamiento; y más aún, se otorgan al juez amplias facultades para individualizar la o las medidas que deba cumplir el menor infractor.

En la redacción original del texto de la LO 5/2000, la medida de internamiento como medida cautelar, sólo podía durar tres meses, prorrogables por otros tres.

¹⁷⁸ MAPELLI CAFFARENA, Borja, et. al. **Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los menores**. IAAP Instituto Andaluz de Administración Pública, Junta de Andalucía, Consejería de Justicia y Administración Pública, Sevilla, España, 2002, p. 56.

¹⁷⁹ LEY ORGÁNICA 8/2006, de 4 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Exposición de motivos.

¹⁸⁰ IDEM.

Con la reforma por LO 8/2006, el término de esta medida se extendió a seis meses, prorrogables por otros tres. Al respecto, LANDROVE DÍAZ ha señalado que: “en este ámbito se ha optado con dicha reforma por un criterio en abierta contradicción con una consolidada doctrina internacional sobre la medida cautelar de internamiento (sin eufemismos, prisión preventiva de menores) que sólo justifica su adopción en supuestos excepcionales, como último recurso y durante el plazo más breve posible.”¹⁸¹

Especial atención, merece la reforma que hace la Ley Orgánica, con relación a los derechos de las víctimas y ofendidos. Según la Exposición de Motivos, se “refuerza especialmente la atención y reconocimiento de los derechos de las víctimas y los perjudicados, entre los que se encuentra el derecho a ser informado en todo momento, se hayan o no personado en el procedimiento, de aquellas resoluciones que afecten a sus intereses. Asimismo, y en su beneficio, se establece el enjuiciamiento conjunto de las pretensiones penales y civiles.”¹⁸²

Lo anterior, como ya señalamos en el apartado anterior, con relación a la LO 15/2003, si bien resulta sumamente loable en un ámbito penal para adultos, en la esfera del derecho de menores nos parece incorrecto; toda vez, que el legislador se olvida de que tratándose de menores infractores, lo que está en juego no son los intereses de dos particulares que entraron en conflicto; sino el interés superior del propio menor y de la sociedad en que se forme en el infante una actitud respetuosa de la norma, por medio de la educación.

La nueva redacción del artículo 4, ratifica, en esencia, el derecho de la víctima o del ofendido a fungir como parte en el proceso, es decir, a ejecutar una acción penal particular. La medida, que a nuestro juicio resulta inadecuada para el Derecho de menores infractores, responde a una errónea intención del legislador de reconocer en el proceso de menores instituciones que se encuentran vigentes en el procedimiento penal de adultos, obedeciendo sin duda, a un aumento en la alarma social respecto a la delincuencia juvenil. Con esta reforma, el legislador relega, insistimos, el principio de que el derecho de menores debe caracterizarse precisamente por su naturaleza *no penal*.

No obstante, algunos tratadistas han visto con buenos ojos esta inclusión de figuras punitivas en el derecho de menores; por ejemplo, DE URBANO CASTRILLO, apoya la reforma en los siguientes términos: “Esta decisión del legislador es coherente con el movimiento internacional que en los últimos años trata de rescatar del olvido a la víctima en detrimento del papel predominante que se ha otorgado a los derechos del acusado (...) de lo que se trata es de recordar la existencia de un principio de elemental igualdad de armas, que se deriva de la

¹⁸¹ LANDROVE DÍAZ, Gerardo. op. cit., p. 110.

¹⁸² LEY ORGÁNICA 8/2006, de 4 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Exposición de motivos.

necesidad de que las partes en conflicto (...) cuenten con los mismos medios de ataque y defensa, e idénticas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación, a efectos de evitar desequilibrios entre sus respectivas posiciones procesales”.¹⁸³

Apología en la que bien podríamos coincidir, salvo por el hecho de que nuestra disciplina no es el *Derecho penal*, sino el *Derecho de menores infractores*; dentro del cual, es nuestra convicción, que ni el menor debe tildarse como *acusado*, ni la perspectiva del problema debe ser la de entender la criminalidad del menor como un conflicto de intereses entre particulares, por el interés superior para la sociedad que representa la reeducación del menor, antes que su mera criminalización.

En síntesis, consideramos que en su aspecto general la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, lejos de constituir un avance en la consolidación del Derecho para menores infractores, constituye un retroceso. Ante la alarma social que han generado los ilícitos, la autoridad prefiere optar por el camino más espectacular, elevando el rigor de las medidas y del procedimiento en si mismo, con lo cual, lejos de contribuir a disminuir los índices de infracciones minoriles, al atender sólo el aspecto punitivo y correccional regresa auténticamente al menor al derecho penal, contribuyendo a su criminalización, y a la consolidación definitiva de los delincuentes juveniles como un grupo de estigmatizados, a los que en lugar de rehabilitar, reeducar, resocializar o como se prefiera; hay que vigilar y castigar.

En sentido similar, PÉREZ MACHÍO concluye que “En definitiva, el modelo política-criminal que subyace en la nueva Ley Orgánica 8/2006 (...) se sustenta en un incremento de la finalidad punitiva a través de la ampliación de la extensión de las medidas de internamiento y la regulación de la posibilidad de su cumplimiento en un centro penitenciario al alcanzar el sentenciado la mayoría de edad. De este modo (...) se frustra cualquier posibilidad de dar continuidad al proceso educativo, laboral y de reinserción social ya iniciado, al producirse un alejamiento de los postulados fundamentales que informan esta materia (...) y al consolidarse definitivamente un sistema de Derecho Penal de menores que no sólo prima la medida de internamiento en régimen cerrado –cuya correcta conceptualización debiera haber impulsado el uso del término “pena juvenil”- frente a cualesquiera otras, sino que también posterga las finalidades educativas y resocializadoras en pro de respuestas puramente sancionadoras, más propias de un Derecho Penal retributivo.”¹⁸⁴

¹⁸³ DE URBANO CASTRILLO, Eduardo y DE LA ROSA CORTINA, José Miguel. op. cit., p. 47.

¹⁸⁴ PÉREZ MACHÍO, Ana Isabel. op. cit., pp. 150-151.

La postura del legislador, a nuestro juicio es errónea, toda vez que se olvida la finalidad educativa que se exige de un Derecho de menores acorde a los avances del derecho; y se asume la mera intención punitivo-retributiva, como reacción del Estado frente a la violación de la norma. Al respecto, como bien apunta RODRÍGUEZ DEVESA, “entiendo que debe elaborarse un nuevo dispositivo para intentar detener las fuertes oleadas de la criminalidad juvenil, incluida la de los semi-adultos, en la inteligencia, claro está, de que ni el Estado ni nadie está autorizado por ningún concepto a privar a ningún joven de su derecho a la educación, que le ha de colocar en igualdad de condiciones con los demás miembros de la comunidad en la lucha por la vida. Quiere decirse con ello que cuando se trata de optar por una pena genuina, su ejecución ha de ser compatible con el agotamiento de las posibilidades educativas cuando de delincuentes jóvenes se trata.”¹⁸⁵

No ha de lograrse un adecuado proceso de reeducación del menor, cuando éste debe intentar desarrollarse en un ambiente hostil, autoritario, castigador y represivo; en un sistema que ante su condición de infractor, debida en gran medida a condiciones de hecho ajenas a su voluntad, lejos de pugnar por su reeducación y resocialización, lo criminaliza y margina, etiquetándolo definitivamente como delincuente. “El niño, el más preciado tesoro de la naturaleza, el joven de hoy y hombre del mañana, no acaba de incorporarse a una vida social digna, progresiva y en conformidad con los tiempos nuevos.”¹⁸⁶

II.- EL MODELO MEXICANO

El Derecho de menores rige en el ordenamiento jurídico la protección integral del menor de edad, hasta que forme en plenitud su personalidad; requiere en el ordenamiento social de todo un sistema de medidas tutelares, para realizar esta pretensión a través de la educación concebida en función de ofrecerle las mejores oportunidades de vida y acceso a los valores.

Menciona Roberto TOCAVEN al respecto lo siguiente: “El derecho de menores es un sistema de normas de conducta para aquellos cuya personalidad está formándose y no han alcanzado la mayoría de edad y que involucra su educación y protección para que alcance el desarrollo integral de su personalidad, mas no por ello dejándolo fuera del derecho cuando realiza actos antijurídicos. En esta dimensión del Derecho de Menores, el derecho correccional de menores

¹⁸⁵ RODRÍGUEZ DEVESA, José María, et. al. **Delincuencia juvenil**. Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Santiago, Burgos, España, 1973, p. 214.

¹⁸⁶ LÓPEZ RIOCEREZO, José María. **Delincuencia juvenil. Profilaxis y terapéutica**. Editorial V. Suárez, Madrid, España, 1963, Tomo I, p. 114.

adquiere su pleno significado y donde lo tutelar tienen una conceptualización nueva y dinámica porque no pretende sustraer al menor del cumplimiento de la ley, sino por el contrario, situarlo en el mundo de su propia ley para armonizar a través de la nueva norma de conducta los intereses de la sociedad y este grupo mayoritario que está retardando el desarrollo por desajuste a la normatividad vigente expresado en antisocialidad y antijuridicidad”.¹⁸⁷

Las medidas tradicionalmente conocidas se determinan en devolver al menor al control de su familia, colocarlo en el hogar de terceros, internarlo en un establecimiento de rehabilitación, o someterlo a un régimen de libertad vigilada.

Casi toda la doctrina es unánime, al considerar que hasta donde sea posible debe evitarse la internación del menor para que no se desvincule de su medio familiar y social; surge así la libertad vigilada como la medida más eficaz porque no retarda el proceso de la integración.

Como es sabido, la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, constituye el instrumento internacional de mayor impacto político y social a nivel mundial, con gran influencia, para procurar una mayor protección y defensa de los derechos humanos de la niñez, en el ámbito interno de los Estados Partes, que han ratificado dicho instrumento internacional. De ella derivan los principios de la Doctrina de la Protección Integral;¹⁸⁸ los cuales, comprenden diversas instituciones

¹⁸⁷ TOCAVEN GARCÍA, Roberto. **Elementos de la criminología infanto-juvenil**. Ed. Porrúa, México, 1991, p. 147.

¹⁸⁸ **El sistema mexicano de justicia penal para los menores y la doctrina de las Naciones Unidas para la protección integral del niño y la niña**. Publicaciones de la CNDH, México, 1996, pp. 19-56.

Entre dichos principios destacan:

1. El principio de vulnerabilidad social (Artículo 40.1 de la Convención).
2. Criterio de leyes, procedimientos y autoridades específicos (Artículo 40.3 de la Convención).
3. Derecho a ser tratado con humanidad y dignidad de acuerdo a su condición (Artículo 37.C de la Convención).
4. Principio de determinación exacta de una edad mínima y una máxima de imputabilidad penal (Artículo 40.3.A de la Convención).
5. De no aplicación de prisión perpetua o de la pena de muerte (Artículo 37.A de la Convención).
6. De asistencia a niños no imputables (Artículo 40.3.B de la Convención).
7. Principio que recoge el derecho de comunicación del niño con su familia en todas las fases del procedimiento y de la ejecución de la prisión (Artículo 37.C de la Convención).
8. Reserva de ley (Artículo 40.2.A de la Convención).
9. Principio de culpabilidad (Artículo 40.2.A de la Convención).
10. Principio de proporcionalidad entre la infracción y la medida (Artículo 40.1 de la Convención).
11. Principio de la subsidiariedad en la aplicación del internamiento (Artículo 40.4 de la Convención).
12. De la aplicación de la norma más favorable (Artículo 40.1 de la Convención).
13. Principio de Jurisdicción (Artículo 40.2.B.III de la Convención).
14. Principio que recoge el derecho de impugnación (Artículo 40.2.B.III de la Convención).

que pugnan por otorgar al menor amparo suficiente al ser sujeto a un procedimiento; reconociendo, por ejemplo, su vulnerabilidad social, la necesidad de que sea sujeto a leyes, procedimientos y autoridades específicos, siendo tratado con humanidad y dignidad de acuerdo a su condición. Se exige, de inicio, que las legislaciones de los diversos Estados determinen con exactitud una edad mínima y una máxima de imputabilidad penal; prohibiéndose terminantemente penas como prisión perpetua o de muerte.

Entre las garantías específicas que deben gozar los menores durante el proceso, se incluye el derecho a sostener comunicación con su familia en todas las fases del procedimiento; derecho de impugnación; protección contra actos de tortura y tratos crueles; derecho a la privacidad en todas las fases del procedimiento; derecho de acceso a la jurisdicción de protección de garantías constitucionales; derecho a la no autoincriminación; derecho de intérprete; derecho a una pronta asistencia jurídica y social.

Por lo que hace a los principios procesales, se mencionan el de reserva de ley, culpabilidad, proporcionalidad entre la infracción y la medida, subsidiariedad en la aplicación del internamiento, aplicación de la norma más favorable y de Jurisdicción; entre otros.

En esta Convención, se definen precisa y detalladamente derechos de carácter individual y social de los menores de edad, tales como el derecho a la vida, al desarrollo, a la protección de acuerdo a la edad, a expresar sus sentimientos e ideas con la seguridad de que serán tomados en cuenta, garantías durante los procedimientos cuando se vean afectados por la comisión de las conductas antisociales, y, el derecho a la educación, salud, cultura y recreación, entre otros.

México ratificó la Convención sobre los Derechos del Niño, el 21 de septiembre de 1990, propiciando con ello el compromiso de adecuar la legislación nacional a los postulados de la citada codificación internacional, como fue el caso,

-
15. Principio que recoge el derecho de protección contra actos de tortura y tratos crueles (Artículo 37.A de la Convención).
 16. Principio que recoge el derecho de privacidad del menor en todas las fases del procedimiento (Artículo 40.2.B.VII de la Convención).
 17. Principio de legalidad respecto de actos de molestia con motivo de la intervención punitiva (Artículo 37. B de la Convención).
 18. De excepcionalidad de la detención durante el proceso (Artículo 37.B de la Convención).
 19. Principio que recoge el derecho de acceso a la jurisdicción de protección de garantías constitucionales (Artículo 37.D de la Convención).
 20. Principio de presunción de inocencia (Artículo 40.2.B.I de la Convención).
 21. Principio que recoge el derecho de no autoincriminación (Artículo 40.2.B.IV de la Convención).
 22. Principio de defensa (Artículo 40.2.B.VI de la Convención).
 23. Derecho de intérprete (Artículo 40.2.B.VI de la Convención).
 24. Derecho a una pronta asistencia jurídica y social (Artículo 37-C de la Convención).

de la ya mencionada “Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en materia Común y para toda la República en Materia Federal”.

Las garantías de seguridad jurídica de los menores, que la propia Convención estatuye en sus artículos 37 y 40, son de singular trascendencia, porque procuran eliminar la discriminación que ha prevalecido desde hace muchos años en los distintos países -entre ellos México- donde a los menores de edad, con el argumento de no ser sujetos de derecho penal, no les asisten las garantías y formalidades esenciales que conlleva todo el procedimiento penal, tales como: el derecho de defensa, la libre proposición de pruebas, la separación entre los órganos que actúan en el procedimiento -acusador, defensa, autoridad dictaminadora- la posibilidad de interponer recursos, y la determinación de la detención preventiva, únicamente a través de un mandamiento escrito, fundado y motivado.

De acuerdo con la CNDH, “la Convención invoca en su preámbulo la conformación preceptiva de los principios de *interés superior y vulnerabilidad social del niño*, a partir de la Declaración de Ginebra de 1924; estos principios se reafirmaron en la Declaración, así como en los pactos internacionales y en otros instrumentos de organismos especializados, dado que se reconoce que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales”.¹⁸⁹ Asimismo, “en el ámbito específico de justicia penal de niños y adolescentes, el artículo 40.1 de la Convención establece el reconocimiento del derecho de aquellos de quienes se alegue que han infringido las leyes penales, o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, a ser tratados de acuerdo a su edad; la importancia de promover su reintegración, así como a ser tratados acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el fortalecimiento del respeto a los derechos y libertades fundamentales de terceros.”¹⁹⁰

Si dichas garantías procesales señaladas no han tenido vigencia en México, ha sido primordialmente por la falta de interés gubernamental. Así como por las disposiciones legales obsoletas; hay casos de excepción a lo señalado, así nos lo precisa la Dra. Mireille ROCCATTI, destacada estudiosa de estos temas: “el Estado de México destaca al adoptar una Ley de Prevención Social y Tratamiento de Menores que cambia su arraigado sistema tutelar por el garantista, e incluye cambios importantes al establecer las garantías procesales que los menores deben tener frente a las autoridades y órganos que intervienen en su orientación,

¹⁸⁹ IBIDEM, p. 19.

¹⁹⁰ IDEM.

protección, asistencia y tratamiento, así como en la determinación de los actos que faciliten su reintegración social.”¹⁹¹

La Ley de Prevención Social y Tratamientos de Menores a que se refiere la doctora ROCCATTI, señala en su artículo 37 los siguientes derechos del menor durante la etapa procesal:

- Que se presuma inocente, hasta en tanto no se acredite lo contrario.
- Que se dé aviso de su situación a sus padres o tutores en el menor tiempo posible.
- Nombrar a un defensor de su confianza o, en su caso, designarle uno de oficio.
- La asistencia gratuita de un intérprete, cuando el menor no hable el español.
- Ser informado del nombre de su acusador la naturaleza de los hechos que se le atribuyen y a abstenerse a declarar.
- Que se le faciliten todos los datos que solicite y que tengan relación con los hechos y se le reciban las pruebas que ofrezca relacionadas con el caso.
- Ser careado con las personas que declaren en su contra.
- Que se le dicte resolución técnico- jurídica por la que se determine su situación dentro de las veinticuatro horas siguientes al momento en que haya sido puesto a disposición de los Consejos de Menores o de las Preceptorías Juveniles, y a que se le ponga en libertad si dicha resolución no se dicta dentro del término señalado.
- Interponer, cuando así lo desee, por conducto de su defensor, sus padres o tutores, los recursos de revisión y apelación.

A.- Generalidades sobre la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en materia Común y para toda la República en Materia Federal.

Dentro de todas las fallas, hay que destacar que México realiza grandes esfuerzos para adecuar su legislación interna en esta materia, al referido instrumento internacional. Es cierto que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su parte dogmática consagra los derechos de todos los mexicanos, incluyendo a los niños; sin embargo, tratándose de garantías

¹⁹¹ ROCCATTI, Mireille y LARA, Evangelina. **Justicia Juvenil en el Estado de México y análisis comparativo con los Sistemas de tratamiento de Menores de la República Mexicana.** Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, México, 1996, p. 46.

procesales de carácter penal, éstas se reconocen únicamente para los mayores de 18 años de edad; excepto en el Estado de México.

En materia federal, se ha considerado que el menor de edad no comete delitos, pues no tiene la capacidad de saber lo que está mal y por lo tanto no es posible aplicarle una pena; empero, tampoco podemos dejarlo en libertad cuando ha demostrado que tiene una tendencia hacia las conductas antisociales. “Es nuestra firme convicción que el menor en el sentido penal no merece castigo y que tanto por sus características biopsicosociales, como por las causas mismas de la antisocialidad, debe, de acuerdo a su edad cronológica, ser sometido a un régimen asistencial o a un jurídico especial.”¹⁹²

Por lo anterior, lo aplicable al caso es la medida de seguridad, la cual será determinada por el Consejo Tutelar para menores, organismo que, como veremos más adelante, tiene por objeto promover la readaptación de los menores mediante el estudio de la personalidad, medidas correctivas de protección y vigilancia del tratamiento.

Se aplica entonces la “Ley para el tratamiento de menores infractores, para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal”.

Esta Ley fue expedida el 19 de diciembre de 1991, publicada en el Diario Oficial el 24 de diciembre del mismo año, y puesta en vigor el 19 de febrero de 1992. Su ejercicio, como lo refiere su artículo 1º, tiene por objeto reglamentar la función del Estado en protección de los derechos de los menores, así como en la adaptación social de aquellos cuya conducta se encuentra tipificada en las leyes penales federales y del Distrito Federal; tendrá aplicación en el Distrito Federal en materia común y en toda la República en materia federal.

Son severas las críticas que muchos autores han proferido respecto a este ordenamiento, sobre todo desde el punto de vista de que el Estado, *ha dejado de tutelar a los menores, para someterlos a un proceso penal*; “(...) aún dentro de lo que se ha dado en llamar el modelo garantista, subsisten prácticas, ideologías y métodos que no marchan en una misma dirección y cuyo espíritu se opone al marco de irrestricto respeto a los derechos humanos en el que dicha reforma se halla, al menos declarativamente, inspirada.”¹⁹³

Para Victoria ADATO GREEN, “el contenido de la ley se aparta del postulado del artículo 1º, por tratarse de una ley que establece fundamentalmente un verdadero procedimiento judicial que desemboca en el establecimiento de

¹⁹² TOCAVEN GARCÍA, Roberto. **Menores Infractores**. Ed. Porrúa, México, 1993, p. 57.

¹⁹³ AZAOLA GARRIDO, Elena. “Posibilidades y límites de dos modelos de justicia para menores”. En **Memoria del coloquio multidisciplinario sobre menores, diagnóstico y propuestas**. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1996, p. 28.

medidas coercitivas-disfrazadas con otra terminología de la utilizada en los procedimientos para adultos. La ley en comento es una ley especial que regula los órganos competentes para conocer, y sustanciar los procedimientos a los menores de 18 años de edad, pero mayores de 11, que han incurrido en conductas antisociales, que en adultos son delitos; el procedimiento, las medidas aplicables y la forma de ejecución de éstas.”¹⁹⁴

GARCÍA RAMÍREZ insiste en el carácter *penal* de la Ley de 1991, comparándola con el antiguo modelo tutelar, en los siguientes términos:

“Por un lado hay una corriente tutelar, representada por la ley de 1973, que constituye un procedimiento especial en organismos distintos de los tribunales represivos ordinarios en los que no cabe la figura y el estrépito de juicio y mediante los cuales se adoptan medidas médicas y pedagógicas. Por otro lado, hay la corriente penalista, representada por la ley de 1991. Se abandona el concepto de ‘tutela’ y se llega a un auténtico enjuiciamiento penal. Debe quedar claro la coincidencia, acorde con la mejor tradición mexicana (...) la tesis de que la disminución de la edad para el ingreso al mundo del Derecho Penal no resuelve el problema de las infracciones cometidas por los jóvenes.”¹⁹⁵

La Comisión Nacional de Derechos Humanos ha emitido sus propias críticas; afirmando la intervención *punitiva* de la ley, se ha señalado que esta ley: “dispone que sólo los niños que incurran en conductas de relevancia penal serán sujetos a una intervención punitiva; se fija un procedimiento que prevé garantías procesales y la revisabilidad de las resoluciones; se establecen límites mínimos y máximos para la duración de las medidas, tanto en internamiento como en externación, y se regula también la prescripción de la acción persecutoria y de la medida”.¹⁹⁶ De acuerdo con esto, “el sistema mexicano de justicia de niños pareciera acorde con los postulados del estado democrático de derecho. Sin embargo, subsiste un procedimiento no jurisdiccional cuya materia es la individualización judicial y ejecutiva de la sanción por medio del *diagnóstico de la personalidad del menor* -al cual se le atribuyen consecuencias jurídicas expresas-, lo que afecta de manera grave e inevitable la fuerza de la resolución de garantías, al punto de que principios como el de presunción de inocencia y el de no autoincriminación son virtualmente anulados.”¹⁹⁷

¹⁹⁴ ADATO GREEN, Victoria. “Algunas consideraciones respecto del análisis de la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal”. En **Memoria del coloquio multidisciplinario sobre menores, diagnóstico y propuestas**. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1996, p. 9.

¹⁹⁵ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. **El sistema penal mexicano**. Fondo de Cultura Económica, México, 1993, pp. 153-156.

¹⁹⁶ **El sistema mexicano de justicia penal para los menores y la doctrina de las Naciones Unidas para la protección integral del niño y la niña**. op. cit., p. 15.

¹⁹⁷ IDEM.

Estrechos vínculos aún se conservan entre la legislación para menores, y el marco jurídico penal de los adultos; del análisis comparativo de los dos procedimientos, podemos válidamente concluir su casi exacta igualdad, con pequeñas diferencias tales como la denominación de los órganos encargados de la tramitación de los procedimientos; los plazos en los cuales se desarrollan los procedimientos; las consecuencias jurídicas del delito son distintos en ambos procedimientos, y la duración máxima de ésta en los adultos puede ser de hasta de 50 años; para los menores sólo 5 años.

Así lo apunta ADATO GREEN, resaltando como diferencias entre ambos procedimientos las siguientes: “1. La denominación de los órganos encargados de la tramitación de los procedimientos sustanciados a los menores: Comisionado, por Ministerio Público, Consejero Unitario por Juez -Consejeros de la Sala Superior por Magistrados-. 2. El desarrollo del procedimiento de menores se realiza en plazos más reducidos respecto del de adultos. 3. En el de adultos, la consecuencia jurídica del delito son las penas y/o medidas de seguridad; en el de menores, denominada “medidas”, las que se clasifican, eufemísticamente, como de orientación y de protección y las mismas se aplican en tratamiento externo o interno. Este tratamiento -el interno- se aplicará a los menores, en el supuesto de que se trate de conductas tipificadas en las leyes penales federales y en el Distrito Federal como graves. 4. La duración máxima de la consecuencia jurídica -prisión- en los adultos es hasta de 50 años; en los menores en cambio, la medida, aplicada en tratamiento interno, es hasta de 5 años.”¹⁹⁸

En su crítica, ADATO GREEN considera que “era innecesaria la expedición de una ley especial que precisara la competencia para el conocimiento de los casos de menores de 18 años que incurrieran en conductas antisociales tipificadas en las leyes penales, los órganos encargados de sustanciación de los procedimientos; la creación de todo un sistema cuasi penal para la atención de los casos de delincuentes de menores”. Y añade, que dada la orientación de la nueva legislación, “hubiera bastado con una pequeña reforma al Código Penal, en el capítulo de penas y medidas de seguridad, que incluyera las de los menores, las normas correspondientes que estableciera que el internamiento de menores tendría una duración máxima de 5, así como las necesarias reformas a los códigos de procedimientos penales, tanto común como federal, dirigidas fundamentalmente a reducir los plazos para la realización de los actos procesales en el caso de los menores, y, finalmente, legislar para que en los centros de reclusión para adultos hubiera una sección para menores delincuentes.”¹⁹⁹

No hace la autora, como bien señala, una apología de la inclusión de los menores en el derecho penal; su cuestionamiento se refiere a la “orientación regresiva de la ley vigente, que pareciera que incluyó el sistema penal establecido

¹⁹⁸ ADATO GREEN, Victoria. op. cit., pp. 14-15.

¹⁹⁹ IBIDEM, p. 15.

para los adultos delincuentes en el régimen para menores, de manera forzada e inconveniente.”²⁰⁰

Posición que se complementa con lo señalado por Elena AZAOLA: “Posiblemente el modelo tutelar, mientras que logró colocar en el centro de su atención a los niños y los jóvenes, tal vez los dejó de lado en tanto que sujetos de derecho (...) por su parte, el modelo garantista parece haber hecho lo contrario; mientras que rescató al sujeto de derecho parece haber olvidado al niño y al joven en tanto que sujeto histórico y social. Basta leer la nueva ley para darse cuenta que el niño y el joven no aparecen por ninguna parte: no parecen ser el centro, el sujeto al que se dirige la nueva ley. En ningún lado se encuentra no sólo la expresión sino el contenido que debe acompañar a la idea rectora que los instrumentos internacionales han resumido bajo la fórmula del interés superior del niño. Podría decirse que el niño aparece sólo como el objeto, el pretexto de una ley que, si bien parece preocupada por restituirle los derechos de toda persona que se enfrenta -a un procedimiento penal, no parece haber sido diseñada tomando en cuenta sus características, sus necesidades específicas”.²⁰¹ De tal suerte, que, sigue la autora: “Desde este ángulo, y más que las deficiencias de carácter jurídico que todavía preocupan a algunos especialistas, consideramos que el parámetro para dar cuenta de los resultados que ha arrojado la puesta en práctica del modelo garantista, debiera ser la medida en que este esquema estaría permitiendo, o no, brindar una mejor respuesta a los menores, incorporarlos de mejor forma a nuestra sociedad, la medida, en otros términos, en que hubiera hecho posible que escucháramos a los niños y que, habiéndolos escuchado, actuáramos en consecuencia”.²⁰² Por tanto, cabe añadir, siguiendo la perspectiva de la especialista: “podríamos tal vez desear que llegara el momento en que pudiéramos contar con una ley en que ambas partes estuvieran debidamente contempladas. Es decir, que pudiéramos contar con una ley que coloque en primer plano al niño como sujeto histórico y social, pero que no lo olvide en tanto que sujeto de derecho.”²⁰³

Concluye Victoria ADATO afirmando la necesidad de crear “un régimen especial para el conocimiento de dichas conductas [de los menores] con procedimientos de carácter eminentemente tutelares y protectores de los menores, a cargo de órganos colegiados interdisciplinarios, que tengan como objetivo al menor en sí mismo, a su atención más que a su responsabilidad en la comisión de infracciones que son constitutivas de delito. Este régimen especial tutelar que se propone respecto de los menores, excluyéndolos del campo penal, debe realizarse en razón de sanas y avanzadas acciones de política criminal considerado que

²⁰⁰ IBIDEM, pp. 15-16.

²⁰¹ AZAOLA GARRIDO, Elena. op. cit., p. 29.

²⁰² IBIDEM, p. 30.

²⁰³ IBIDEM, p. 31.

México es un país de jóvenes y que éstos son, sin expresiones idealistas, ni románticas, el futuro de la patria mexicana.”²⁰⁴

Y agrega la citada autora que: “La determinación de excluir a los menores del sistema penal, no significa desdeñar los intereses y la seguridad de la sociedad. Así como tampoco implica que los menores no cuenten con un sistema de garantías. El sistema de garantías de los menores no debe establecerse en la Constitución atendiendo a sus propias características de personas en proceso de formación de su personalidad, de su formación como miembros de una sociedad y en proceso también de formación educativa.”²⁰⁵

La crítica de RÍOS ESPINOSA a la actual legislación gira no en torno al señalado carácter cuasi penal del procedimiento, sino a la falta de una mayor definición de garantías para el menor. “La Ley Federal para Menores sigue a medio camino, entre las legislaciones de corte tutelar y las de corte garantista; aunque establece principios fundamentales como la reserva de ley, la presunción de inocencia y múltiples derechos de corte procesal, aún conserva tintes claramente tutelares, los cuáles redundan en la virtual anulación de las garantías que posee cualquier individuo en materia penal y las especiales que, en atención a su grado de vulnerabilidad, tienen los menores.”²⁰⁶

De tal suerte, que “esos rasgos tutelares se manifiestan con fuerza en el procedimiento no jurisdiccional para determinar el tipo de tratamiento que será aplicado al menor, esto es, la individualización de la medida, la cual tiene por objeto el diagnóstico de su personalidad y la etiología de la conducta infractora. Este procedimiento afecta de manera importante a la resolución de garantías porque anula por completo los principios del debido proceso.”²⁰⁷

El ordenamiento en estudio, fija su competencia para los mayores de 11 años y menores de 18, señalando que los menores de 11 años serán sujetos de asistencia social por parte de las instituciones de los sectores público, social y privado, que se ocupen de esta materia. Cabe recordar que la anterior legislación extendía su ámbito de aplicación a estos últimos, quienes se consideraban en “*estado de peligro*”.

En esta tesitura, afirma Elena AZAOLA: “Estos casos, que la ley anterior cobijaba (de manera injusta y contradictoria) bajo el supuesto del “estado de peligro”, y que la nueva ley deja fuera, carecerían en la práctica de un marco normativo e institucional que, sin confiscar sus derechos, les brinde la atención

²⁰⁴ ADATO GREEN, Victoria. op. cit., p. 18.

²⁰⁵ IDEM.

²⁰⁶ RÍOS ESPINOSA, Carlos. “Grupos vulnerables y derecho penal: el caso de los menores infractores”. En **Bien común y gobierno**. México, 1998, Año IV, no. 47, p. 30.

²⁰⁷ IDEM.

que requieren. Se nos dirá que, como lo establece la nueva ley en su artículo 6º, dichos menores “serán sujetos de asistencia social por parte de las instituciones de los sectores público, social y privado que se ocupen de la materia”, lo que, en los hechos, equivale a colocarlos frente a multitud de obstáculos y restricciones que limitan o nulifican sus derechos.”²⁰⁸

Deficiencias que obedecen, según añade la estudiosa, a la ausencia de una política integral referida a la infancia. Estrechamente vinculado a lo anterior, la CNDH se ha pronunciado en el sentido de que: “el reconocimiento de la capacidad de reproche penal a los niños ha de analizarse en dos sentido; por una parte, que esa capacidad debe interpretarse de acuerdo con las condiciones de capacidad de percepción de la realidad normativa de éstos y, por la otra, considerando la necesidad de un sistema de jurisdicción específico construido con categorías conceptuales que requieren, de quienes intervienen en el proceso judicial expresado en tales categorías, una capacidad mínima de conceptualización de la realidad. En consecuencia, la decisión legislativa en cuanto al límite mínimo de intervención penal debe resolverse en la edad menos temprana posible, justamente para prever supuestos amplios de niños que no han alcanzado el momento psicológico de abstracción requerida.”²⁰⁹

A mayor abundamiento, se precisa que: “tanto los niños de 12 años como los que aún no alcanzan los 18 años de edad, que estén en situación de peligro, deberán tener derecho a asistencia especializada, protección y asesoría legal. Al respecto, la directriz 46 de *Riad* plantea los siguientes casos de servicio comunitario residencial cuando los niños o jóvenes: a) hayan sufrido lesiones físicas causadas por los padres o tutores; b) hayan sido víctimas de malos tratos sexuales, físicos o emocionales por parte de los padres o tutores; c) hayan sido descuidados, abandonados o explotados por los padres o tutores; d) se vean amenazados por un peligro físico o moral debido al comportamiento de los padres o tutores, y e) cuando se haya manifestado en el propio comportamiento del niño o del joven un grave peligro físico o psicológico para sí mismo y, ni los padres o tutores, ni el propio joven y tampoco los servicios comunitarios no residenciales, puedan hacer frente a dicho peligro por otro medio que no sea la reclusión en una institución. Cualesquiera de estas hipótesis debiera ser resultado de la estricta observancia de un proceso jurisdiccional en el que la resolución sea fuente argumentativa del interés superior del niño.”²¹⁰

La competencia del Consejo será determinada atendiendo a la edad que haya tenido el sujeto infractor, en la fecha de la comisión de la infracción que se le

²⁰⁸ AZAOLA GARRIDO, Elena. op. cit., p. 27.

²⁰⁹ **El sistema mexicano de justicia penal para los menores y la doctrina de las Naciones Unidas para la protección integral del niño y la niña.** op. cit., pp. 26-27.

²¹⁰ IDEM.

atribuye, independientemente de que al ser detenido y puesto a su competencia haya alcanzado la mayoría de edad.²¹¹

Las características de este órgano encargado de reorientar el comportamiento del menor deben girar en torno a reeducar al infractor, para que logre con el tratamiento el desarrollo integral de su personalidad.

“Los menores de edad necesitan especial protección en razón de su incapacidad, esta situación otorga el órgano jurisdiccional, facultades tutelares especiales para que en la interpretación y aplicación de la norma, prevalezca el interés del menor de edad. A toda actividad de la Institución se le impregna de un significado eminentemente tuitivo, porque el proceso de menores surge como un medio destinado a hacer realidad la protección que dentro del ordenamiento jurídico se reconoce al menor de edad. Entonces, ya no se trata de un tribunal ordinario especial en razón de la materia que tiene competencia para conocer, sino de una jurisdicción especializada en razón del bien jurídico que debe proteger.”²¹²

Cabe agregar, para ahondar en el renglón de la asistencia a niños no imputables, que de acuerdo con la doctrina rectora de la *protección integral*, los niños menores de 12 años, así como los adolescentes que no hayan cumplido 18 años, que se encuentren en condiciones de abandono o de peligro, tienen derecho a ser sujetos de atención a cargo de instituciones distintas del Consejo de Menores, que tiene a su cargo la administración de justicia especializada. Al respecto, se ha señalado por la CNDH que: “En los límites interpretativos de la cláusula de salvedad contenida en el artículo 41 de la Convención, debe entenderse que el estado está obligado, según el artículo 46 de las Directrices de *Riad*, a prestar asistencia en términos de *servicio comunitario residencial* en los casos a los que ya se hizo alusión más arriba, respetando siempre los Derechos humanos y las garantías procesales de acuerdo con la regla 3.2 de *Beijing*, toda vez que aun la intervención asistencial del estado debe ocurrir en una relación jurídico formal en la que se respete la voluntad de los niños y los adolescentes”.²¹³ De tal suerte, sigue el análisis en comentario, que los señalamientos finales del primer párrafo del artículo 6 de la ley, que establece que las instituciones de

²¹¹ Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en materia Común y para toda la República en Materia Federal
Artículo 6:

(...)

La competencia del Consejo se surtirá atendiendo a la edad que hayan tenido los sujetos infractores, en la fecha de comisión de la infracción que se les atribuya; pudiendo, en consecuencia, conocer de las infracciones y ordenar las medidas de orientación, protección y tratamiento que correspondan, aun cuando aquéllos hayan alcanzado la mayoría de edad.

²¹² TOCAVEN GARCÍA, Roberto. **Elementos de la criminología infanto-juvenil**. op. cit., p. 148.

²¹³ **El sistema mexicano de justicia penal para los menores y la doctrina de las Naciones Unidas para la protección integral del niño y la niña**. op. cit., pp. 26-27.

asistencia social destinadas a los niños menores de 11 años son auxiliares del Consejo, resulta insuficiente por las siguientes razones: “A. No prevé los casos que señala el artículo 46 de las Directrices de *Riad* para niños y adolescentes mayores de 11 años y menores de 18 años, que están en situación de peligro, los cuales son considerados por la normatividad internacional como niños, se entiende que para todos los efectos de trato diferenciado en función de su condición de vulnerabilidad social. Dicha imprevisión determina que el sistema de asistencia del DIF desatienda a estos niños y adolescentes. B. No hace alusión explícita a la exigencia de observar un procedimiento en el que objetivamente se establezca la necesidad de asistencia y ello se haga protegiendo las garantías y derechos fundamentales del niño y del adolescente. C. La expresión que decide el carácter *auxiliar* de las instituciones sociales respecto del Consejo, es explicable en el contexto de una ideología que no establece diferencia entre niño infractor y niño abandonado o en situación de riesgo, y que tampoco reconoce que estos niños sean sujetos de derecho; de ahí que los visualice como niños, sujetos pasivos de asistencia-tratamiento.”²¹⁴

B. Estructura de la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en materia Común y para toda la República en Materia Federal.

1. Autoridades de la materia.

La Ley en estudio se divide en un título preliminar y seis títulos;²¹⁵ en ellos se prevé la estructura y organización del Consejo de Menores; de la Unidad Encargada de la Prevención y Tratamiento de Menores; se describen las etapas y pormenores del procedimiento de menores; un título específico se refiere a la Reparación del Daño; y otro más al diagnóstico del menor y a las Medidas de Orientación, Protección y Tratamiento Externo e Interno.

En el Título Primero [Del Consejo de Menores] se regula la integración, organización y atribuciones de éste órgano. La naturaleza jurídica del Consejo de Menores, es la de ser un órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría

²¹⁴ ÍDEM.

²¹⁵ LEY PARA EL TRATAMIENTO DE MENORES INFRACTORES, PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMÚN Y PARA TODA LA REPÚBLICA EN MATERIA FEDERAL
TITULO PRIMERO Del Consejo de Menores
TITULO SEGUNDO De la Unidad Encargada de la Prevención y Tratamiento de Menores
TITULO TERCERO Del Procedimiento
TITULO CUARTO De la Reparación del Daño
TITULO QUINTO Del Diagnóstico y de las Medidas de Orientación, de Protección y de Tratamiento Externo e Interno
TITULO SEXTO Disposiciones Finales

de Gobernación, el cual, de acuerdo con la ley, cuenta con autonomía técnica. Su objetivo principal es aplicar las disposiciones de la Ley en comento.

Como ya se mencionó, el Consejo de Menores es competente para conocer de la conducta de las personas mayores de 11 y menores de 18 años de edad, tipificada por las leyes penales. Es importante destacar, de acuerdo con la ley, que: “Cuando el menor alegue tener la calidad de indígena, la misma se acreditará con su sola manifestación. Cuando exista duda de ella o fuere cuestionada, se solicitará a las autoridades comunitarias la expedición de la constancia que acredite la pertenencia del individuo a un determinado pueblo comunidad.”²¹⁶

Por lo que hace a la integración del Consejo de Menores, sus órganos se enumeran en el artículo 8º de la ley.²¹⁷ Los requisitos para formar parte de ellos, se señalan en el artículo 9º; a nuestro juicio, es de especial interés la fracción IV del numeral, la cual exige que tengan *conocimientos especializados en la materia de menores infractores, lo cual se acreditará con las constancias respectivas*. Empero, no se establece con claridad cuales habrán de ser dichas constancias, lo cual indudablemente resta eficacia al precepto. A nuestra consideración, debieran ser las instituciones públicas dedicadas a la educación superior y a la investigación jurídica, las encargadas de otorgar dichas acreditaciones.

De entre los integrantes del Consejo de Menores; el Presidente se encarga básicamente de dirigir administrativamente al Consejo; además, es también Presidente de la Sala Superior, por lo que se encargará de vigilar y dirigir las

²¹⁶ Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en materia Común y para toda la República en Materia Federal

Artículo 6:

(...)

Cuando el menor alegue tener la calidad de indígena, la misma se acreditará con su sola manifestación. Cuando exista duda de ella o fuere cuestionada, se solicitará a las autoridades comunitarias la expedición de la constancia que acredite la pertenencia del individuo a un determinado pueblo comunidad.

²¹⁷ Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en materia Común y para toda la República en Materia Federal

Artículo 8

El Consejo de Menores contará con:

I.- Un Presidente del Consejo;

II.- Una Sala Superior;

III.- Un Secretario General de Acuerdos de la Sala Superior;

IV.- Los consejeros unitarios que determine el presupuesto

V.- Un Comité Técnico Interdisciplinario;

VI.- Los secretarios de acuerdos de los consejos unitarios;

VII.- Los actuarios;

VIII.- Hasta tres consejeros supernumerarios;

IX.- La Unidad de Defensa de Menores; y

X.- Las unidades técnicas y administrativas que se determine.

actividades de ésta.²¹⁸ La Sala Superior se integra esencialmente por el Presidente y por otros dos consejeros, quienes se encargarán de resolver sobre los asuntos que son de competencia de la Sala, fungiendo como ponentes de los proyectos según el turno que les corresponda. Las resoluciones de la sala deberán darse por mayoría: los dos consejeros, o uno de ellos y el Presidente, quien tiene voto de calidad.²¹⁹

Los Consejeros Unitarios son los encargados de llevar en sí el procedimiento al que es sometido un menor infractor; dictan tanto la resolución inicial, como la definitiva, decidiendo, en su caso, las medidas que deban aplicarse. Asimismo, de especial relevancia es su participación como conciliadores entre las partes, para el pago de la reparación del daño.²²⁰ El Comité Técnico Interdisciplinario es un órgano fundamental en la integración del Consejo de Menores; por su carácter multidisciplinario, permite que se haga del menor un adecuado diagnóstico; evitando el error tradicional de limitar la materia de los menores infractores a un problema estrictamente jurídico, dejando de lado opiniones imprescindibles como la de los psicólogos o los educadores. Su atribución principal es la de emitir el dictamen técnico del menor.²²¹

Este consejo interdisciplinario resulta elemental, pues la creciente especialización del derecho de menores, exige exigiendo una mayor preparación interdisciplinaria, en todas las áreas del conocimiento de las ciencias del hombre, que permita comprender y analizar cada problema. Este conocimiento de otras disciplinas resulta decisivo sobre todo cuando se tiene la responsabilidad de legislar o de juzgar en materias referidas a los menores de edad.

La Unidad de Defensa de Menores es un órgano técnicamente autónomo, cuyo objeto principal es defender los intereses legítimos y los derechos de los menores, en tres ámbitos: defensa general del menor, defensa procesal y defensa de los derechos de los menores en las fases de tratamiento y de seguimiento.²²²

Sobre las anteriores disposiciones, es importante hacer mención de las críticas que al respecto ha elaborado la CNDH: “A pesar de que en la Ley se establece autoridades especiales para sustanciar el procedimiento de niños y para la ejecución de las medidas (artículo 8, y 96 a 119), lo que es acorde parcialmente

²¹⁸ Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en materia Común y para toda la República en Materia Federal.- Artículo 11.

²¹⁹ Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en materia Común y para toda la República en Materia Federal. Artículos 12 y 13.

²²⁰ Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en materia Común y para toda la República en Materia Federal. Artículo 20.

²²¹ Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en materia Común y para toda la República en Materia Federal. Artículo 22.

²²² Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en materia Común y para toda la República en Materia Federal. Artículos 30, 31 y 32.

con el principio que señala la Convención (artículo 40.3.a), no se ha logrado que se adopten leyes sustantivas y adjetivas especiales que sean adecuadas a los niños y adolescentes, lo que también es una exigencia de acuerdo con el artículo citado de la Convención. Ejemplo de ello es lo dispuesto por la fracción III del artículo 20 de la Ley, en la que se dispone que los consejeros unitarios entregarán al menor a sus representantes legales, para seguir el procedimiento en externación, en caso de ilícitos que en las leyes penales admitan la libertad provisional bajo caución. Este precepto contraviene el principio de excepcionalidad de la detención durante el proceso (artículo 13 de las Reglas de *Beijing*), en el sentido de que al aplicar una regla destinada a los inculcados adultos para determinar si el procedimiento se sigue en internación o en externación, no se recurre a los criterios de excepcionalidad expresamente postulados en el precepto invocado, cuyos parámetros rectores son: el uso de instancias menos restrictivas y el tiempo más breve posible de prisión preventiva. Esta disposición es sólo una muestra de que la adecuación normativa de esta Ley a la Convención y la normatividad que conforma un sistema deóntico para niños y adolescentes, sólo se ha efectuado parcialmente en el nivel procedimental, y es casi inexistente en el sustantivo, pues no puede considerarse que los niños deban responder penalmente por las mismas conductas por las que deben hacerlo los adultos.”²²³

El Título Segundo de la ley se denomina “De la Unidad encargada de la Prevención y tratamiento de Menores.” Se trata de una Unidad administrativa dependiente de la Secretaría de Gobernación, cuyo objeto es realizar las funciones de prevención general y especial, junto con las conducentes para alcanzar la adaptación social de los menores infractores. Sus funciones se señalan en el artículo 35 del ordenamiento en comento.

Lo estipulado en dicho artículo, puede considerarse violatorio de las garantías consagradas en la Convención a favor de los niños, toda vez que permite la intervención de autoridades del procedimiento de adultos en el de infantes. Así lo ha señalado oportunamente la CNDH en los siguientes términos: “En cuanto a otras autoridades, está claro que la Ley no sólo permite la intervención del Ministerio Público en actos de niños, tal cual se desprende de la fracción II, incisos b y c, de su artículo 35, sino que faculta al Ministerio Público para llevar a cabo diligencias de interrogatorio en perjuicio del menor, como se señala en el artículo 46 de la Ley en relación con el artículo 57, fracción I, cuya imprecisión ha permitido que en la práctica el Ministerio Público interroge a niños. La creación de agencias del Ministerio Público especializadas, que actúan en el Distrito Federal, demuestra que el criterio de las autoridades de niños y de las de procuración de justicia de adultos, no corresponde con los postulados de la Convención, ni con la interpretación que de éstos hace las *Reglas de Beijing*.”²²⁴

²²³ **El sistema mexicano de justicia penal para los menores y la doctrina de las Naciones Unidas para la protección integral del niño y la niña.** op. cit., p. 21.

²²⁴ *IBIDEM*, p. 24.

Una irregularidad similar se presenta por lo que hace a las autoridades propias para niños en cuestión de policía investigadora. El artículo 58 de las Directrices de *Riad* establece que deberá capacitarse personal de ambos sexos encargado de hacer cumplir la ley, y otro pertinente, para que pueda atender las necesidades especiales de los jóvenes; ese personal deberá estar familiarizado con los programas y posibilidades de remisión a otros servicios, y recurrir a ellos en la medida de lo posible con el fin de sustraer a los jóvenes al sistema de justicia penal. Estos funcionarios especiales para menores deben ser todos los agentes de la ley, ya sean miembros o delegados, que ejerzan funciones de policía, especialmente las facultades de arresto o detención. No obstante, aún subsiste la intervención de agentes policiales comunes en asuntos de infantes, yendo en contra del artículo 12 de las Reglas de *Beijing*, el cual postula el principio de *especialización policial* en los siguientes términos: “Para el mejor desempeño de sus funciones, los agentes de policía que traten a menudo o de manera exclusiva con niños o que se dediquen fundamentalmente a la prevención de la delincuencia de niños, recibirán instrucción y capacitación especial. En las grandes ciudades habrá contingentes especiales de policía con esa finalidad.”²²⁵

2. Procedimiento y garantías del menor.

Las etapas del procedimiento ante el Consejo de Menores,²²⁶ a grandes rasgos, van desde la emisión de la resolución inicial, en la cual se dispone lo necesario para la realización de la instrucción, el diagnóstico y la emisión del dictamen técnico; hasta la resolución definitiva, la cual determina las medidas de orientación, protección y tratamiento que habrán de aplicarse. Durante el tratamiento, se evalúan las medidas aplicadas, y una vez concluido éste, se realiza un seguimiento del menor y de su estado.

²²⁵ IBIDEM, p. 25.

²²⁶ Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en materia Común y para toda la República en Materia Federal.

Artículo 7

El procedimiento ante el Consejo de Menores, comprende las siguientes etapas:

- I.- Integración de la investigación de infracciones;
- II.- Resolución inicial;
- III.- Instrucción y diagnóstico;
- IV.- Dictamen técnico;
- V.- Resolución definitiva;
- VI.- Aplicación de las medidas de orientación, de protección y de tratamiento;
- VII.- Evaluación de la aplicación de las medidas de orientación, de protección y de tratamiento;
- VIII.- Conclusión del tratamiento; y
- IX.- Seguimiento técnico ulterior.

Por lo que hace a las garantías mínimas de que gozará el menor durante el procedimiento, se enumeran en el artículo 36 de la Ley;²²⁷ se afirma que éstos deberán ser tratados con humanidad y respeto, conforme a las necesidades inherentes a su edad y a sus condiciones personales. Diversos comentarios pueden hacerse en relación con las garantías que enumera este artículo;

²²⁷ Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en materia Común y para toda la República en Materia Federal.

TITULO TERCERO

Del Procedimiento

CAPITULO I

Reglas generales

Artículo 36

Durante el procedimiento todo menor será tratado con humanidad y respeto, conforme a las necesidades inherentes a su edad y a sus condiciones personales y gozará de las siguientes garantías mínimas:

I.- Mientras no se compruebe plenamente su participación en la comisión de la infracción que se le atribuya, gozará de la presunción de ser ajeno a los hechos constitutivos de la misma;

II.- Se dará aviso inmediato respecto de su situación a sus representantes legales o encargados cuando se conozca el domicilio;

III.- Tendrá derecho a designar a sus expensas, por sí o por sus representantes legales o encargados, a un licenciado en derecho de su confianza, en el legal ejercicio de su profesión, para que lo asista jurídicamente durante el procedimiento, así como en la aplicación de las medidas de orientación, de protección o de tratamiento en externación y en internación;

IV.- En caso de que no se designe un licenciado en derecho de su confianza en el legal ejercicio de su profesión, de oficio se le asignará un defensor de menores, para que lo asista jurídica y gratuitamente desde que quede a disposición del Comisionado y en las diversas etapas del procedimiento ante los órganos del Consejo, así como en la aplicación de las medidas de orientación, de protección o de tratamiento en externación y en internación;

Para los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, la asignación de un defensor para los menores indígenas recaerá en personas que tengan conocimiento de su lengua y cultura.

V.- Una vez que quede a disposición del Consejo y dentro de las veinticuatro horas siguientes se le hará saber en forma clara y sencilla, en presencia de su defensor, el nombre de la persona o personas que hayan declarado en su contra y la naturaleza y causa de la infracción que se le atribuya, así como su derecho a no declarar; rindiendo en este acto, en su caso, su declaración inicial;

VI.- Se recibirán los testimonios y demás pruebas que ofrezca y tengan relación con el caso, auxiliándosele para obtener la comparecencia de los testigos y para recabar todos aquellos elementos de convicción que se estimen necesarios para el cabal esclarecimiento de los hechos;

VII.- Será careado con la persona o personas que hayan declarado en su contra;

VIII.- Le serán facilitados todos los datos que solicite y que tengan relación con los hechos que se le atribuyan, derivados de las constancias del expediente;

IX.- La resolución inicial, por la que se determinará su situación jurídica respecto de los hechos con que se le relacione, deberá dictarse dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al momento en que el menor haya sido puesto a disposición del Consejo; sin perjuicio de que este plazo se amplíe por cuarenta y ocho horas más, únicamente si así lo solicitare el menor o los encargados de su defensa. En este último caso, la ampliación del plazo se hará de inmediato del conocimiento del funcionario que tenga a su disposición al menor, para los efectos de su custodia; y

X.- Salvo el caso previsto en la segunda parte de la fracción anterior, ningún menor podrá ser retenido por los órganos del Consejo por más de 48 horas sin que ello se justifique con una resolución inicial, dictada por el Consejero competente, la cual deberá estar debidamente fundada y motivada.

indudablemente, revisten un carácter esencial en la materia que nos ocupa, atendiendo a las nuevas corrientes que pugnan ya no sólo por separar al menor del derecho penal, sino a su vez por garantizarle un trato digno y humano.

Por ser de interés para nuestro estudio, comentaremos las diversas fracciones del artículo 36, siguiendo lo que al respecto ha señalado la CNDH, organismo que ha criticado la falta de protecciones reales a las garantías de los menores en la ley, pues el texto de la misma se contradice, al permitir que se incurran en graves violaciones.

Con respecto al principio de presunción de inocencia, recogido en la fracción I, se determina en el estudio de la CNDH²²⁸ que el procedimiento paralelo que tiene por objeto determinar la estructura biopsicosocial del menor permite la violación sistemática de esta garantía. En efecto, entre los requisitos que debe cumplir el dictamen técnico interdisciplinario para la individualización de la medida, figuran los siguientes:

- a) La conducta precedente del menor.
- b) Los motivos que impulsaron su conducta y las condiciones especiales en que se encontraba en el momento de la realización de ésta.
- c) Los puntos conclusivos, en los que se determinará la aplicación de las medidas de protección, de orientación y tratamiento, así como la duración mínima del tratamiento interno.

A lo anterior, se añade que el principio de presunción de inocencia tiene lugar en esta etapa del procedimiento, debido a que para cumplir los requisitos arriba mencionados se tiene que realizar una serie de investigaciones que dan por sentado que el menor es responsable de la conducta que se le atribuye. Los interrogatorios que se formulan al menor para determinar los motivos de su conducta y las condiciones especiales en que se encontraba en el momento de la realización de ésta, necesariamente implican, desde la semántica misma del artículo, que se considera que el niño es culpable. Lo mismo sucede respecto de los puntos conclusivos del dictamen, toda vez que de partida se señalan el tipo de medidas que deberán imponerse y la duración de las mismas, sin que se tenga todavía certeza de que el niño es efectivamente responsable de los hechos que se le atribuyen.

Por tanto, adhiriéndonos al criterio de la CNDH, podemos afirmar que, en lo que respecta al requisito de la conducta precedente, debe apreciarse que se parte del supuesto de que el menor ha infringido la norma y de que esa infracción puede tener alguna relación con dicha conducta, lo cual constituye una forma del principio de derecho penal de autor.

²²⁸ Cfr. **El sistema mexicano de justicia penal para los menores y la doctrina de las Naciones Unidas para la protección integral del niño y la niña**. op. cit., pp. 52-53.

Para la CNDH, es particularmente importante hacer notar que el artículo 36 de la Ley, en su fracción I, corrobora la ruptura entre responsabilidad y culpabilidad, al establecer que el menor gozará de la presunción de ser ajeno a los hechos constitutivos de la infracción mientras no se compruebe plenamente su participación en la comisión de ésta. El artículo 40.2.b.i de la Convención emplea las expresiones presunción de inocencia y culpabilidad porque sólo en relación con la ausencia de culpabilidad, en tanto juicio de reproche jurídico, se puede plantear la inocencia, que no es lo mismo que la relación de autoría-hecho; bien sabemos que se puede desarrollar una conducta típica y hasta antijurídica, pero que aún así no suponga culpa.²²⁹

Concluye la CNDH, afirmando que si bien es importante la recuperación del concepto sistemático de culpabilidad para una interpretación democrática del derecho punitivo, es más importante la recuperación de la culpabilidad como principio limitador de la intervención punitiva del estado, es decir como *nullum crimen sine culpa*. La ruptura conceptual que, por una parte, vincula a la responsabilidad con la mera autoría o participación y, por otra, desvincula la autoría de la culpabilidad, diluye el fundamento del juicio de reproche como límite de la facultad sancionadora, porque se atiene para estos efectos a los principios de libertad y de acto.²³⁰

Continuando con las garantías estipuladas en el artículo 36, respecto a la fracción III, establece la CNDH²³¹ que, viola el principio de defensa, puesto que al ordenar que la defensa se realice por un licenciado en Derecho de la confianza del menor, constriñe la amplitud de posibles defensores, incluyendo a sus padres. Una defensa adecuada tiene una importancia decisiva para un debido proceso; sin embargo, esto no excluye de por sí que dicha defensa esté a cargo de una persona de confianza del menor. Más aún, dice la CNDH, la Regla 14.2 de las Reglas de Beijing establece que “El procedimiento se substanciará en un ambiente de comprensión, que permita que el menor participe en él y se exprese libremente”. La Regla 15.2 del mismo documento internacional dispone que los padres o tutores tendrán derecho a participar en las actuaciones y que la autoridad competente podrá requerir su presencia en defensa del menor.

También en el ámbito de la defensa, especifica la Comisión Nacional de Derechos Humanos, el procedimiento paralelo para obtener el dictamen técnico es fuente de violaciones adicionales. La más grave de ellas consiste en la naturaleza presumiblemente científico-verificativa y no argumentativa-persuasiva del resultado de dichos estudios, que permite justificar la exclusión sistemática del abogado defensor en las sesiones del Consejo Técnico, a las cuales sí asiste el

²²⁹ IBIDEM, p. 52.

²³⁰ Cfr. IBIDEM, p. 54-55.

²³¹ Cfr. IBIDEM, pp. 55-56.

comisionado, de acuerdo con lo previsto en el artículo 35, fracción II, inciso f, y fracción III. La afectación de la defensa en este sentido constituye una clara manifestación autoritaria porque impide que los defensores desempeñen sus funciones de defensa de los derechos de los niños en las fases de tratamiento y de seguimiento, de acuerdo con el artículo 32, fracción III de la Ley. De acuerdo con una interpretación *in bonam partem* no se podría limitar este derecho a la defensa exclusiva del defensor de oficio.²³²

Señala asimismo el artículo 36, que una vez que el menor quede a disposición del Consejo, y dentro de las veinticuatro horas siguientes, se le hará saber en forma clara y sencilla, en presencia de su defensor, el nombre de la persona o personas que hayan declarado en su contra, y la naturaleza y causa de la infracción que se le atribuya, así como su derecho a no declarar, rindiendo en este acto, en su caso, su declaración inicial. La crítica de la CNDH, en este respecto,²³³ señala que, si bien la fracción V del artículo 36 de la Ley establece como derecho procesal del menor el de no declarar, también es cierto que, por una parte, este derecho se reconoce expresamente cuando el menor está bajo la autoridad del consejero unitario, mientras que por otra parte, el artículo 35, fracción II, inciso D, permite que el comisionado tome declaración al menor. El sentido inquisitorial de las disposiciones antes citadas se reitera en el artículo 46, también de la Ley, que expresa que cuando el Ministerio Público entregue a un menor al comisionado, éste deberá practicar las diligencias para comprobar la participación del menor en la infracción.

Se trata, dice la CNDH, en este caso, de una aberración procesal en virtud de la cual se permite al funcionario de acusación recibir la confesión de un menor, consistente en declaraciones autoinculpatorias. Esta facultad, rebasa todo criterio de razonabilidad cuando se la vincula con el artículo 57, fracción I de la Ley, en el cual se establece que en la fase inicial del procedimiento, la aceptación por parte del menor de los hechos que se le atribuyen, estando presente su defensor, tendrá carácter de prueba. Debemos hacer notar que por oscuridad de la ley y por tradición antidemocrática, los encargados de la procuración y administración de justicia violan sistemáticamente el derecho a la no autoincriminación, porque propician las declaraciones de los niños antes de que éstos sean asistidos por un defensor, si bien aceptan la fórmula meramente declarativa que supone la presencia del defensor en el momento mismo de la declaración del menor. La Constitución ha desarrollado un principio complejo de defensa, que vinculado al derecho que analizamos, permite considerar como parte de la garantía de defensa el derecho a una asistencia especializada antes de hacer cualquier declaración. La regulación de este derecho es tan equívoca en la legislación de niños como en la

²³² ÍDEM.

²³³ Cfr. ÍBIDEM, pp. 53-55.

de adultos, con la agravante de que en la primera se viola también el principio de vulnerabilidad social del menor.²³⁴

Más aún, insiste el análisis de la CNDH, cuando el derecho de no autoincriminación también es violado mediante la práctica de los estudios biopsicosociales. Estos estudios necesariamente implican elementos autoincriminatorios que, además, no admiten posibilidad de contradicción, todo lo cual es contrario a un régimen de garantías. En todo caso, a pesar de que estos estudios y el dictamen que se emite al concluirlos no tiene una naturaleza formalmente vinculatoria, sí constituyen elementos de persuasión para el consejero al dictar éste la resolución definitiva. En caso de que un menor se negara a cooperar en las distintas entrevistas que se practican durante los estudios, en atención a su derecho a no declarar, tal negativa sería interpretada como un síntoma de algún desorden de la personalidad, que influiría negativamente en el juicio de quien debe decidir sobre la situación jurídica del menor. El derecho de no autoincriminación debe abarcar no sólo las declaraciones rendidas ante el comisionado y el consejero, sino todas las fases que integran de algún modo el procedimiento.²³⁵

Se señala también, en el artículo 36, que se recibirán del menor los testimonios y demás pruebas que ofrezca y que tengan relación con el caso, auxiliándosele para obtener la comparecencia de los testigos y recabar todos aquellos elementos de convicción que se estimen esenciales, para el cabal esclarecimiento de los hechos.

La resolución inicial, por la que se determinará su situación jurídica respecto de los hechos con que se le relacione, deberá dictarse dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al momento en que el menor haya sido puesto a disposición del Consejo, sin perjuicio de que este plazo se amplíe por cuarenta y ocho horas más, únicamente si así lo solicitare el menor o los encargados de su defensa. En esta última circunstancia, la ampliación del plazo, se hará de inmediato del conocimiento del funcionario que tenga a su disposición al menor, para los efectos de su custodia.²³⁶

El numeral 37 dispone que el Consejero Unitario, en caso de que decrete la sujeción del menor al procedimiento, deberá determinar si el mismo se llevará a cabo estando el menor bajo la guarda y custodia de sus representantes legales o encargados, o si quedará a disposición del Consejo, en los centros de diagnóstico.²³⁷

²³⁴ IDEM.

²³⁵ IDEM.

²³⁶ IDEM.

²³⁷ Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en materia Común y para toda la República en Materia Federal. Artículo 37

El referido artículo de la ley, al disponer que para la procedencia de la libertad provisional del menor se aplicarán criterios que son similares a los de las leyes penales para adultos, no toma en cuenta principios consagrados en disposiciones internacionales. “La fórmula constitucional de la libertad provisional durante el proceso se funda en que la conducta imputada no constituya delito grave; sin embargo, debe considerarse que para los niños es necesario formular un catálogo específico de delitos graves. La legislación para niños deberá permitir que le juez aprecie la procedencia de la prisión preventiva, de acuerdo con los siguientes criterios: que exista fundada sospecha de fuga u obstrucción de la prueba; que exista razonable probabilidad de resolución condenatoria, y que se demuestre la ineficiencia de otras medidas en el caso concreto de que se trata. La regulación de la prisión preventiva no deberá basarse en razones de alarma social ni en las circunstancias de la comisión del ilícito, o en las *características de personalidad* del inculpado.”²³⁸

Por lo que hace a las etapas del procedimiento, hemos de señalar los siguientes aspectos fundamentales.

a) Integración de la investigación de infracciones. Las características de esta etapa se mencionan en los artículos 46 al 48 de la ley.

Con respecto a la presentación del menor ante el Consejo, es de sumo interés mencionar lo siguiente:

“Por lo que se refiere a los principios establecidos en la Convención en el sentido de dictar leyes e implantar procedimientos, autoridades e instituciones específicos para niños, se debe reconocer que la Ley no los cumple en forma suficiente, toda vez que a pesar de que se crean nuevas figuras por lo que respecta a autoridades de niños, tales como los consejeros unitarios, los comisionados y los defensores, no se ha logrado garantizar la no intervención de las autoridades para adultos en el procedimiento. Las reglas establecidas en los artículos 49 y 78 de la Ley son ilustrativas al respecto, ya que en ellas se regula la intervención de la policía judicial y del Ministerio Público en materia de detención

El Consejero Unitario, en caso de que decrete la sujeción del menor al procedimiento, deberá determinar si el mismo se llevará a cabo estando el menor bajo la guarda y custodia de sus representantes legales o encargados, o si quedará a disposición del Consejo, en los centros de diagnóstico.

El Consejero Unitario que tome conocimiento de conductas que correspondan a aquéllos ilícitos que en las leyes penales no admitan la libertad provisional bajo caución, al dictar la resolución inicial ordenará que el menor permanezca a su disposición en los centros de diagnóstico, hasta en tanto se dicte la resolución definitiva. Una vez emitida ésta, el menor pasará a los centros de tratamiento interno, en el caso de que haya quedado acreditada la infracción, así como su participación en la comisión de la misma.

²³⁸ IBIDEM, p. 51.

de niños. En el primero de los artículos citados se dispone que cuando el niño no haya sido presentado ante el consejero unitario, éste solicitará a las autoridades administrativas competentes su localización, comparecencia o presentación. Dichas autoridades administrativas son el Ministerio Público y sus auxiliares a los que, en contravención con el espíritu de la Convención, se les faculta para intervenir en casos de niños. Este hecho vulnera principios del Estado de derecho relativos a la persecución y administración de justicia penal de niños y adolescentes, pues permite de manera virtual la práctica de interrogatorios que violan las normas de tratamiento especializado, de no autoincriminación y de defensa, toda vez que la policía mexicana no está en ningún caso en condiciones intelectuales ni morales para respetar estas garantías, menos aún tratándose de niños.”²³⁹

Y aún más, el criterio de la CNDH señala que “la facultad que tiene el Ministerio Público, prevista en el artículo 46 de la ley, fortalece el modelo inquisitorial del procedimiento contra niños, porque permite que el Ministerio Público entregue a los niños al comisionado y no al consejero unitario. De esta manera, la ley propicia la etapa de indagación unilateral, que en este caso permite que el comisionado pueda adoptar acuerdos que dispongan una retención en perjuicio del menor. Los actos procesales previstos en el segundo párrafo del artículo 46 son otra muestra de las facultades jurisdiccionales que las Ley prevé a cargo del comisionado y de los agentes del Ministerio Público; los restantes párrafos del artículo citado fortalecen esta tendencia.”²⁴⁰

El artículo 48,²⁴¹ al no especificar las facultades del consejero unitario, lo convierte en órgano inquisitorial; este funcionario jurisdiccional, constituido en acusador, pueda actuar en contra de los derechos de los niños sujetos a procedimiento. Esto resulta en que, apunta la CNDH, “siempre que el acusador tenga facultades coactivas o cautelares sin control judicial, o que el funcionario que ejerce la jurisdicción tenga facultades de inquirir la causa ex officio, tendremos un procedimiento no respetuoso de la garantía de legalidad, pues en materia penal, incluida la de niños, deberá de regir el principio de legalidad estricta, es decir, legalidad sustantiva, no sólo formal. Por lo tanto, la Ley no contiene preceptos suficientes para evitar actos que son ilegales por no provenir de autoridad competente, como es el caso de que un funcionario de jurisdicción lleve

²³⁹ **El sistema mexicano de justicia penal para los menores y la doctrina de las Naciones Unidas para la protección integral del niño y la niña.** op. cit., p. 22.

²⁴⁰ IDEM.

²⁴¹ Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en materia Común y para toda la República en Materia Federal.

Artículo 48

El Consejero Unitario, recabará y practicará sin demora todas las diligencias que sean pertinentes para el esclarecimiento de los hechos.

a cabo actos para inquirir la causa o, *viceversa*, que el funcionario de acusación, funde y motive actos de jurisdicción.”²⁴²

b) La resolución inicial. Con ella se abre la instrucción, sujetando al menor al procedimiento. Los requisitos que la resolución deberá satisfacer, se enumeran en el artículo 50 de la ley.²⁴³

c) Instrucción y diagnóstico. A partir de que se haya notificado la resolución inicial, empieza la etapa de instrucción, la cual durará máximo quince días hábiles.²⁴⁴ Durante todo el procedimiento, el menor debiera estar en comunicación con su familia; ello, muchas veces no sucede, dada la actitud de las autoridades encargadas de la administración de justicia de menores respecto a la familia de los menores; existe la creencia, de que el estado de desviación social del probable infractor es consecuencia innegable de la disfunción familiar. Al margen de lo verdadero o falso de esta expresión, a nadie escapa que la ineficacia de la mera criminalización del menor y de su entorno socio-familiar, sino se acompaña de una política adecuada de prevención.

Dentro de esta etapa, deberán aportarse las pruebas, se celebrará la audiencia respectiva así como la de alegatos, y se realizará por parte de las

²⁴² IBIDEM, pp. 49-50.

²⁴³ Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en materia Común y para toda la República en Materia Federal.

Artículo 50

La resolución inicial, que se dictará dentro del plazo previsto en esta ley, deberá reunir los siguientes requisitos:

I.- Lugar, fecha y hora en que se emita;

II.- Los elementos que, en su caso, integren la infracción que corresponda al ilícito tipificado en las leyes penales;

III.- Los elementos que determinen o no la presunta participación del menor en la comisión de la infracción;

IV.- El tiempo, lugar y circunstancias de los hechos;

V.- Los fundamentos legales, así como las razones y las causas por las cuales se considere que quedó o no acreditada la infracción o infracciones y la probable participación del menor en su comisión;

VI.- La sujeción del menor al procedimiento y a la práctica del diagnóstico correspondiente o, en su caso, la declaración de que no ha lugar a la sujeción del mismo al procedimiento, con las reservas de ley;

VII.- Las determinaciones de carácter administrativo que procedan; y

VIII.- El nombre y la firma del Consejero Unitario que la emita y del Secretario de Acuerdos, quien dará fe.

²⁴⁴ Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en materia Común y para toda la República en Materia Federal.

Artículo 51

Emitida la resolución inicial de sujeción del menor al procedimiento, quedará abierta la instrucción, dentro de la cual se practicará el diagnóstico y se emitirá el dictamen técnico correspondiente. Dicha etapa tendrá una duración máxima de quince días hábiles, contados a partir del día siguiente al en que se haya hecho la notificación de dicha resolución.

autoridades para ello facultadas la emisión del dictamen técnico. Una vez efectuado lo anterior, se cerrará la audiencia; procediéndose a dictar la resolución definitiva.²⁴⁵

Por lo que hace a los medios probatorios, la ley dispone que son admisibles todos, salvo los prohibidos por el Código Federal de Procedimientos Penales. Los criterios con base en los cuales se valorarán las pruebas se enuncian en el artículo 57; siendo obligación del órgano fundar y motivar correctamente la valoración que de ellas haga.²⁴⁶

Respecto a la valoración de las pruebas, se ha considerado por la CNDH un atentado a los principios de la Convención, “el carácter de prueba privilegiada que tienen las actuaciones practicadas por el Ministerio Público y que la ley establece en su artículo 57. En dicho artículo se dispone que por lo que se refiere a la comprobación de los elementos de la infracción, harán prueba plena las actuaciones practicadas por el Ministerio Público, lo cual trae como consecuencia que todo el sistema de justicia de niños, establecido por la misma Ley, se vuelva incongruente y contradictorio. Ello se debe a que se instaura un elemento de convicción privilegiada y tasada a cargo del Ministerio Público, con lo que se suprimen los principios de juez natural, jurisdicción, libre apreciación e *in dubio pro reo*. En sentido estricto, el conjunto de derechos del niño y del adolescente que son sujetos de intervención penal, consiste en tener la garantía de una legislación

²⁴⁵ Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en materia Común y para toda la República en Materia Federal.

Artículo 54

Una vez desahogadas todas las pruebas, formulados los alegatos y recibido el dictamen técnico, quedará cerrada la instrucción.

Los alegatos deberán formularse por escrito y sin perjuicio de ello se concederá a cada parte, por una sola vez, media hora para exponerlos oralmente.

La resolución definitiva deberá emitirse dentro de los cinco días hábiles siguientes y notificarse de inmediato al menor, a sus legítimos representantes o a sus encargados, al defensor del menor y al Comisionado.

²⁴⁶ Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en materia Común y para toda la República en Materia Federal.

Artículo 57

La valoración de las pruebas se hará de acuerdo con las siguientes reglas:

I.- En la fase inicial del procedimiento harán prueba plena las actuaciones practicadas por el Ministerio Público y por el Comisionado, por lo que se refiere a la comprobación de los elementos de la infracción. La aceptación del menor de los hechos que se le atribuyan, por sí sola, así como cuando se reciba sin la presencia del defensor del menor, no producirá efecto legal alguno;

II.- Las actuaciones y diligencias practicadas por los órganos del Consejo, harán prueba plena;

III.- Los documentos públicos tendrán valor probatorio pleno, en lo que atañe a los hechos afirmados por el funcionario público que los emita; y

IV.- El valor de las pruebas pericial y testimonial, así como los demás elementos de convicción, queda a la prudente apreciación del Consejero o consejeros del conocimiento.

integral y específica claramente sustentada en los principios de la doctrina de la protección integral.”²⁴⁷

d) Dictamen técnico. Como ya se ha manifestado, con la resolución de sujeción del menor al procedimiento, queda abierta la instrucción del proceso, sometiéndose al menor a un dictamen técnico, de parte del Comité Técnico Interdisciplinario. Los requisitos que este estudio deberá cumplir se establecen en el artículo 60 de la ley.²⁴⁸

Al respecto, menciona RÍOS ESPINOSA: “Por lo que hace al principio de culpabilidad, (...) en el caso de la legislación federal, el diagnóstico de personalidad se realiza antes de que se determine si el menor es responsable de la conducta que se le atribuye. Esa intervención, además de vulnerar el principio de presunción de inocencia sobre la base de un imaginario social basado en el grado de supuesta peligrosidad del menor, constituye una clara contravención al principio de respeto a su privacidad (...) Es preciso denunciar que la utilización de categorías criminales fundadas en el imaginario peligrosista se basa en la creencia de que la conducta “antisocial” del menor se deriva de sus rasgos de personalidad que la hacen anormal o desviada. A su vez, ese presupuesto se sostiene en la creencia de que es posible precisar en términos naturalistas el significado del delito y de la personalidad criminal o antisocial, esto es, en el supuesto de que

²⁴⁷ **El sistema mexicano de justicia penal para los menores y la doctrina de las Naciones Unidas para la protección integral del niño y la niña.** op. cit., p. 23.

²⁴⁸ Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en materia Común y para toda la República en Materia Federal.

Artículo 60

El dictamen técnico deberá reunir los siguientes requisitos:

I.- Lugar, fecha y hora en que se emita;

II.- Una relación sucinta de los estudios biopsicosociales que se le hayan practicado al menor;

III.- Las consideraciones mínimas que han de tomarse en cuenta para individualizar la aplicación de las medidas que procedan según el grado de desadaptación social del menor y que son las que a continuación se señalan:

a).- La naturaleza y gravedad de los hechos que se atribuyan al menor, así como las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión de comisión de los mismos;

b).- Nombre, edad, grado de escolaridad, estado civil, religión, costumbre, nivel socioeconómico y cultural y la conducta precedente del menor;

c).- Los motivos que impulsaron su conducta y las condiciones especiales en que se encontraba en el momento de la realización de los hechos;

d).- Los vínculos de parentesco, de amistad o nacidos de otras relaciones sociales con las personas presuntamente ofendidas, así como las características personales de las mismas, y

e).- Si el menor fuere indígena, el dictamen deberá considerar también si influyeron en su conducta los usos y costumbres del pueblo o comunidad al que pertenezca.

IV.- Los puntos conclusivos, en los cuales se determinará la aplicación de las medidas de protección, de orientación y de tratamiento, así como la duración mínima del tratamiento interno, conforme a lo previsto en la presente ley; y

V.- El nombre y la firma de los integrantes del Comité Técnico Interdisciplinario.

tales conceptos son entidades naturales e independientes de su connotación jurídica y clínica y también del poder criminalizador del propio estado.”²⁴⁹

A mayor abundamiento, sobre el diagnóstico se ha pronunciado la CNDH en los siguientes términos:

“Entre las atribuciones del Comité Técnico Interdisciplinario se encuentra la de solicitar al área técnica el diagnóstico biopsicosocial del menor (artículo 22 de la Ley). Dicho diagnóstico tiene por objeto emitir un dictamen técnico que servirá de base *no vinculatoria* al consejero, para determinar el tipo de medidas que se impondrán al menor. La razón más evidente por la que se viola el *principio de culpabilidad* mediante el diagnóstico, es porque éste se realiza cuando todavía no se ha determinado la responsabilidad del menor en los hechos que se le imputan, es decir, antes de que el consejero unitario emita la Resolución definitiva correspondiente; más aún, antes de que la resolución haya causado estado. Tal intervención, además de vulnerar la privacidad del menor inculcado, resulta contradictoria con lo dispuesto por la fracción primera del artículo 36 de la misma Ley, que dispone que hasta que no se compruebe plenamente la participación del menor en la infracción que se le atribuye, éste gozará de la presunción de ser ajeno a los hechos. El estudio de personalidad tiene por objeto conocer la estructura biopsicosocial del menor y la etiología de la conducta infractora para efectos de individualización de la medida, según los artículos 89 y 90 de la Ley; por tal razón, cabe preguntarse cómo es posible presumir la inocencia o siquiera la no vinculación típica con los hechos delictivos, si antes de que tal cosa sea declarada con la fuerza de *res iudicata*, se inquiera sobre las causas de la conducta infractora.”²⁵⁰

Es pertinente agregar, según la CNDH, que la forma en que se concibe este diagnóstico biopsicosocial contraviene, además del principio de culpabilidad, varios otros principios contenidos en la doctrina de la protección integral, ya que permite introducir características propias del sistema tutelar y elementos de valoración de la personalidad que resultan contrarios al *derecho de acto* y a los principios de privacidad en todas las fases del procedimiento, de no autoincriminación y de defensa. La violación a estos principios y derechos opera en la llamada fase de instrucción del procedimiento, en la cual se realiza el diagnóstico biopsicosocial del niño, en todos los casos en que éste queda sujeto al procedimiento (artículo 38 de la Ley). En esta etapa, como ya se ha hecho notar, no se ha decidido sobre la responsabilidad del menor, lo cual también contraviene el principio de legalidad, pues el diagnóstico es un acto de molestia sin posibilidades de fundarse y motivarse. En efecto, ¿Cómo se puede motivar una explicación de la etiología de la conducta infractora (artículo 90 de la Ley) respecto

²⁴⁹ RÍOS ESPINOSA, Carlos. op. cit., p. 32.

²⁵⁰ Cfr. **El sistema mexicano de justicia penal para los menores y la doctrina de las Naciones Unidas para la protección integral del niño y la niña**. op. cit., pp. 32-33.

de alguien a quien, para todos los efectos procesales, se le presume inocente? La semántica de la Ley emplea la expresión “ajeno a los hechos”; luego entonces, por la fuerza misma de tal condición, toda fundamentación que se invoque para intervenir con actos de molestia en la personalidad del menor, constituirá un desconocimiento de los principios aludidos.²⁵¹

Con respecto al derecho de privacidad, señala la CNDH que “el respeto a la vida privada del niño puede apreciarse en relación con su esfera de privacidad e intimidad; en ese sentido, tal derecho puede ser afectado si se producen injerencias con motivo de la prisión preventiva o el internamiento. Por otra parte, los interrogatorios que se realizan con motivo de los estudios de personalidad, tienen como objetivo explícito conocer la intimidad de las personas. No existe ninguna regla en la legislación mexicana que se proponga defender a los niños de estos actos; por el contrario, tanto la normatividad reglamentaria como la práctica del internamiento, están diseñadas para vulnerar ese derecho a la privacidad. El derecho a la privacidad en todas las fases del procedimiento debe armonizarse con el derecho a la publicidad del proceso, ya que esto último forma parte de las garantías del debido proceso legal, en tanto reivindicación de un procedimiento de naturaleza acusatoria. Como signos propios del estado de derecho en materia de administración de justicia, el primitivo proceso escrito y secreto, sin control popular y la expiación pública y ejemplar fueron sustituidos históricamente por un proceso público, adecuado al *interés superior del niño* en este caso, y por una ejecución de la sanción que no vulnere la privacidad. Tratándose de niños, el derecho a la privacidad no debe anular el derecho de control público del juicio; en principio, la presencia de los padres y del defensor constituyen un ejercicio de este último derecho. La ley debe reconocerle al menor la facultad de hacer prevalecer uno y otro de estos derechos.”²⁵²

Más grave todavía es el hecho de que la práctica clínica del diagnóstico y su evaluación periódica constituye un trato cruel. A juicio del estudio de la CNDH al que nos hemos referido, todo examen de la intimidad de una persona, sobre todo si se realiza sin su consentimiento, implica un sufrimiento en ocasiones grave. Si tales molestias tuvieran lugar una vez que el consejero unitario ya ha dictado resolución definitiva, estarían parcialmente justificados por tratarse de actos inherentes a la sanción legal, pero dado que estos estudios se realizan antes de ella y por las implicaciones autoincriminatorias que conllevan, pueden considerarse como tortura, sin que valga alegar que como la Ley las permite son actos legítimos de la autoridad, pues no puede ser legítimo el acto legislativo que permite vulnerar los principios de presunción de inocencia, de culpabilidad, de acto, y aun el de presunción de normalidad.²⁵³

²⁵¹ IDEM.

²⁵² Cfr. IBIDEM, pp. 48-49.

²⁵³ IDEM.

A mayor abundamiento, se señala que: “Una visión amplia de la Ley permite encontrar que existen varios preceptos que pueden resultar en una potencial afectación de la condición de vulnerabilidad social de los niños y adolescentes. El hecho de que existan procedimientos paralelos, uno que se ocupa de la investigación de la infracción y la responsabilidad, y otro intercalado, en el que se pretende conocer la etiología de la conducta infractora, al margen de todo control de legalidad y seguridad jurídica, es suficiente para que los principios del debido proceso sean virtualmente inobservados. En este sentido, la orientación explícita de los artículos 89 y 90 de la ley permite una evaluación clínica del menor que tiene por objeto clasificarlo como *anormal*, con lo que el niño y el adolescente son puestos en circunstancias de indefensión, ya que la condición de anormal, particularmente en el terreno de la conducta, va dirigida a desconocer la capacidad del afectado para ser sujeto de derechos, bajo argumentos de protección y de cuidado. Nótese que tratándose de niños y adolescentes, la afectación es doblemente grave porque ni la ley ni su aplicación reconocen de manera indubitable a éstos la calidad de personas jurídicamente capaces, a lo cual se agregará otra razón para dicho desconocimiento, con motivo de considerarlos anormales por el hecho mismo de ser acusados de violar la ley penal.”²⁵⁴

e) Resolución definitiva

Este acto, una vez desahogadas todas las pruebas, formulados alegatos y recibido el dictamen técnico, cierra la instrucción. Debe emitirse dentro de los 5 días hábiles siguientes, y notificarse de inmediato al legítimo representante o encargado del menor, a su defensor y al Comisionado. Los requisitos que deberá reunir se establecen en el artículo 59.²⁵⁵

²⁵⁴ IBIDEM, p. 20.

²⁵⁵ Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en materia Común y para toda la República en Materia Federal.

Artículo 59

La resolución definitiva, deberá reunir los siguientes requisitos:

I.- Lugar, fecha y hora en que se emita;

II.- Datos personales del menor;

III.- Una relación sucinta de los hechos que hayan originado el procedimiento y de las pruebas y alegatos;

IV.- Los considerandos, los motivos y fundamentos legales que la sustenten;

V.- Los puntos resolutivos, en los cuales se determinará si quedó o no acreditada la existencia de la infracción y la plena participación del menor en su comisión, en cuyo caso se individualizará la aplicación de las medidas conducentes a la adaptación social del menor, tomando en consideración el dictamen técnico emitido al efecto. Cuando se declare que no quedó comprobada la infracción o la plena participación del menor, se ordenará que éste sea entregado a sus representantes legales o encargados, y a falta de éstos, a una institución de asistencia de menores, preferentemente del Estado; y

VI.- El nombre y la firma del Consejero que la emita y los del Secretario de Acuerdos, quien dará fe.

A esta altura del procedimiento cabe destacar, como se señala y explica en el capítulo III del Título tercero, artículos 63 al 72 de la Ley en referencia, que contra las resoluciones inicial, definitiva y la que modifique o dé por terminado el tratamiento interno, procederá el recurso de apelación. Las resoluciones que se dicten al evaluar el desarrollo del tratamiento, no serán recurribles. Las que ordenen la terminación del tratamiento interno o lo modifiquen, serán recurribles a instancia del Comisionado o del Defensor. Este recurso será improcedente, cuando quienes estén facultados para hacerlo valer, se hubieren conformado expresamente con la resolución, o no hubieren interpuesto dentro de los plazos previstos por esta Ley, o cuando ocurriera el desistimiento ulterior, tampoco procederán los recursos planteados por personas que no estén expresamente facultadas para ello; las personas que tienen derecho a interponer el recurso de apelación son: el defensor del menor, los legítimos representantes o los encargados de éste y el Comisionado; en el acto de interponer los recursos, dichas personas expresarán por escrito los agravios correspondientes.²⁵⁶

Con relación a dicho recurso de apelación, se ha considerado por la CNDH que dicho recurso “no logra integrar plenamente el derecho de impugnación que establecen la Convención y los documentos que la regulan, debido a que se limita a las resoluciones inicial, definitiva y a la que modifique o de por terminado el tratamiento interno. El recurso de apelación que señala la ley deja completamente al margen las resoluciones que se dicten al evaluar el desarrollo del tratamiento y los dictámenes técnicos del Comité Interdisciplinario. Ello conculca derechos del niño en la medida en que éste se ve imposibilitado para contradecir informes que, aunque no tienen naturaleza formalmente jurídico-vinculatoria, determinan en gran medida las decisiones de los consejeros unitarios y en todo caso son el elemento definitorio de la individualización de la medida. El derecho a la impugnación se encuentra recogido en el artículo 40.2.b.v de la Convención, en el artículo 7.1 de las reglas de Beijing y en la última parte del artículo 19 del Conjunto de Reglas. En este último documento se dispone que “todo menor tendrá derecho a impugnar cualquier hecho u opinión que figure en su expediente, de manera que se puedan rectificar las afirmaciones inexactas, infundadas o injustas.” Tal disposición debiera tener un alcance enorme en la Ley, habida cuenta de la importancia capital que tienen tanto el dictamen técnico como las resoluciones que evalúan el desarrollo del tratamiento para la determinación de la duración de la internación. El hecho de que ni el dictamen ni las evaluaciones técnicas posteriores sean materia de impugnación, se deriva de la circunstancia de no haberlo sido de juicio, de tal manera que en ambos casos el niño está en indefensión frente a sus juzgadores - el consejero unitario y el Comité Técnico Interdisciplinario.”²⁵⁷

²⁵⁶ Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en materia Común y para toda la República en Materia Federal.

CAPITULO III Del recurso de apelación

Artículos 63 a 72.

²⁵⁷ Cfr. **El sistema mexicano de justicia penal para los menores y la doctrina de las Naciones Unidas para la protección integral del niño y la niña**. op. cit., pp. 45-47.

Además, señala la CNDH que la irrecurribilidad de las resoluciones que se dictan al evaluar el desarrollo del tratamiento constituye una confirmación de que existe un procedimiento paralelo, que tiene por materia la personalidad del menor y la supuesta vinculación entre ésta y la conducta infractora. Este procedimiento paralelo se desarrolla, como se ha dicho, mediante dictámenes técnicos que tienen trascendencia jurídica sin haber pasado por los criterios procesales de verdad que suponen la contradicción en igualdad de oportunidades procesales y la valoración libre de la prueba. El acto intelectual del juicio ocurre en un proceso cognoscitivo que comprende la convicción del juzgador en torno a una responsabilidad individualizada. Es lógicamente inconsistente suponer que en un primer momento, aislado, se llega a la convicción de la responsabilidad y, en un segundo acto del pensamiento crítico, a los términos de la individualización de dicha responsabilidad.²⁵⁸

En todo caso, sigue la argumentación, la no impugnabilidad procesal de las resoluciones que se dictan al evaluar el desarrollo del tratamiento, se constituye en una fuente más de inseguridad jurídica, pues propicia la aplicación de una sanción indeterminada cuya fundamentación no proviene de actos que puedan contradecirse. Aunado a lo anterior, no existe una regla que expresamente prevea la fórmula más democrática posible de principio *non reformatio in peius*.

Los Capítulos siguientes del Título Tercero de la ley hacen referencia a la Suspensión del Procedimiento (Capítulo IV); al Sobreseimiento (Capítulo V); a las órdenes de presentación, exhortos y extradición (Capítulo VI); y a la caducidad (Capítulo VII).

Conviene hacer hincapié en lo siguiente: “El artículo 78 también permite interpretar la naturaleza administrativa desde el punto de vista orgánico de los jueces de niños (consejeros unitarios) quienes paradójicamente no están investidos de facultades para librar actos de molestia en contra de niños, pero sí para resolver el fondo de los procesos, lo cual, aunado a lo establecido en el artículo 4 de la Ley, sirve para fortalecer la tesis de que los órganos de jurisdicción de niños no están en condiciones de preservar la garantía de imparcialidad y autonomía que prevé el artículo 17 de la Constitución en beneficio de todas las personas. En efecto, el hecho de que el artículo 4 de la Ley disponga que el Consejo de Menores es un órgano administrativo, desconcentrado de la Secretaría de Gobernación, dotado de *autonomía técnica*, y que en la fracción primera del artículo 5 se ordene que el Consejo deberá aplicar las disposiciones contenidas en la Ley con total autonomía, no son garantía suficiente de imparcialidad y autonomía, ya que, en los hechos, éstas se ven virtualmente anuladas por la conformación vertical y la designación política de los encargados de la jurisdicción de niños. En los actos propios de la jurisdicción tiene que regir de manera explícita

²⁵⁸ IDEM.

la garantía democrática ya aludida, la cual sólo es posible -formalmente al menos- si existe un ente ajeno de jurisdicción, desvinculado de manera absoluta, total, del poder ejecutivo.”²⁵⁹

En este mismo sentido, considera RÍOS ESPINOSA que: “La fuerza de la jurisdicción reside en su naturaleza constitucional de función autónoma que ejercita un órgano independiente. Y considerando que el control de la autonomía ocurre a través del proceso debido, es conveniente advertir que las normas que crean a los consejos de menores como órganos dotados de autonomía técnica instauran órganos extraños a la doctrina procesal y no es en modo suficiente para colmar la autonomía constitucional para decir el derecho.”²⁶⁰

Entre otras irregularidades de la legislación de menores, que puede considerarse contradicen el principio de jurisdicción, menciona la CNDH el concepto de autonomía técnica, el cual “de acuerdo con el artículo 8 de la propia Ley, abarca nueve figuras distintas, las cuales por su naturaleza realizan funciones diversas. Sólo la Sala Superior y los consejeros unitarios tienen a su cargo la función jurisdiccional y, sin embargo, comparten con esas otras entidades de naturaleza distintas, como es la Unidad de Defensa de menores, la así conceptualizada autonomía técnica, que por ser atribuida como facultad tanto de funcionarios que ejercen jurisdicción, como de otros que no la ejercen, se convierte en una facultad de contenido difuso que por esa sola circunstancia no es suficiente para investir a los funcionarios de jurisdicción de la calidad de garantes de una impartición de justicia dictada en autonomía e independencia, tal cual lo manda la norma contenida en el artículo 17 de la Constitución.”²⁶¹

En el mismo sentido, se señala el caso del artículo 10, “que dispone que tanto el Presidente del Consejo como los consejeros de la Sala Superior serán nombrados por el titular del Ejecutivo Federal, a propuesta del Secretario de Gobernación, es reconocido por la doctrina constitucional que la designación política y discrecional son obstáculo para la consolidación de una jurisdicción efectivamente autónoma. El hecho mismo de que el presidente del Consejo, quien ha sido designado por un órgano político, tenga a su vez el control de los concursos de oposición para consejeros unitarios, tal como lo establece la fracción XVI del artículo 11, es muestra de fórmulas que afectan la conformación de una jurisdicción independiente.”²⁶²

²⁵⁹ IBIDEM, pp. 23-24.

²⁶⁰ RÍOS ESPINOSA, Carlos. op. cit., p. 34.

²⁶¹ **El sistema mexicano de justicia penal para los menores y la doctrina de las Naciones Unidas para la protección integral del niño y la niña.** op. cit., p. 45.

²⁶² IDEM.

El Título Cuarto del ordenamiento se denomina “De la Reparación del Daño”. Éste podrá solicitarse por el afectado o sus representantes legales, ante el Consejo Unitario. La manera en que se tramita se menciona en el artículo 87.²⁶³

3. Aplicación de medidas de orientación, protección y tratamiento.

El Título Quinto de la ley hace referencia a la parte final del procedimiento, “Del diagnóstico y de las medidas de orientación, de protección y de tratamiento externo e interno”. Es atribución del Consejo, a través de los órganos competentes, determinar en cada caso, las medidas de orientación, de protección y tratamiento externo e interno previstas en la ley, que fueren necesarias para encauzar dentro de la normatividad la conducta del menor y lograr su adaptación social.²⁶⁴

El diagnóstico se realizará por profesionales adscritos a la unidad administrativa encargada de la prevención y tratamiento de menores. De acuerdo con la ley, el diagnóstico es el resultado de las investigaciones técnicas interdisciplinarias que permitan conocer la estructura biopsicosocial del menor. Tiene por objeto conocer la etiología de la conducta infractora y dictaminar, con fundamento en el resultado de los estudios e investigaciones interdisciplinarios

²⁶³ Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en materia Común y para toda la República en Materia Federal.

TITULO CUARTO De la Reparación del Daño

CAPITULO UNICO

Artículo 86

La reparación del daño derivado de la comisión de una infracción puede solicitarse por el afectado o sus representantes legales, ante el Consejo Unitario.

²⁶⁴ Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en materia Común y para toda la República en Materia Federal.

TITULO QUINTO

Del Diagnóstico y de las Medidas de Orientación, de Protección y de Tratamiento Externo e Interno

Artículo 88

El Consejo, a través de los órganos competentes, deberá determinar en cada caso, las medidas de orientación, de protección y tratamiento externo e interno previstas en esta ley, que fueren necesarias para encauzar dentro de la normatividad la conducta del menor y lograr su adaptación social.

Los consejeros unitarios ordenarán la aplicación conjunta o separada de las medidas de orientación, de protección y de tratamiento externo e interno, tomando en consideración la gravedad de la infracción y las circunstancias personales del menor, con base en el dictamen técnico respectivo.

Se podrá autorizar la salida del menor de los centros de de tratamiento en internación, sólo para atención médica hospitalaria que conforme al dictamen médico oficial respectivo deba suministrarse, o bien, para la práctica de estudios ordenados por la autoridad competente, así como cuando lo requieran las autoridades judiciales. En este caso el traslado del menor se llevará a cabo, tomando todas las medidas de seguridad que se estimen pertinentes, y que no sean ofensivas ni vejatorias.

que lleven al conocimiento de la estructura biopsicosocial del menor, cuáles deberán ser las medidas conducentes a la aplicación social del menor.²⁶⁵

Ahora bien, cuando se ha acreditado la participación del menor en un acto tipificado por las leyes penales, procederá la aplicación de las medidas de orientación, protección y tratamiento. Debe quedar claro que al menor, como se ha analizado, no puede imponérsele una pena, como se haría en el caso de un adulto. Le corresponde a la Unidad de Prevención y Tratamiento de Menores, la aplicación de las medidas respectivas, según se señale en las resoluciones inicial y definitiva.²⁶⁶

A pesar de que, insistimos, se considera unánimemente en la actualidad que las medidas aplicables al menor infractor, en forma alguna pueden valorarse como “penas”, sus peculiaridades motivan fuertes críticas, sobre todo en el sentido de que a juicio de algunos autores, se ha olvidado por la ley el principio relativo a la proporcionalidad entre la medida de tratamiento y la conducta infractora.

Así, al respecto apunta RÍOS ESPINOSA lo siguiente: “En el caso de la ley federal, las medidas de tratamiento en internación se establecen de seis meses a cinco años y su duración dependerá del desarrollo del tratamiento y del supuesto grado de asimilación del mismo por parte del joven. Esta regulación deviene en la imposibilidad fáctica de establecer algún principio de proporcionalidad medianamente razonable, en la medida que en algunos casos un joven

²⁶⁵ Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en materia Común y para toda la República en Materia Federal.

TITULO QUINTO

Del Diagnóstico y de las Medidas de Orientación, de Protección y de Tratamiento Externo e Interno

CAPITULO II

Del diagnóstico

Artículo 89

Se entiende por diagnóstico el resultado de las investigaciones técnicas interdisciplinarias que permita conocer la estructura biopsicosocial del menor.

Artículo 90

El diagnóstico tiene por objeto conocer la etiología de la conducta infractora y dictaminar, con fundamento en el resultado de los estudios e investigaciones interdisciplinarios que lleven al conocimiento de la estructura biopsicosocial del menor, cuáles deberán ser las medidas conducentes a la aplicación social del menor.

²⁶⁶ Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en materia Común y para toda la República en Materia Federal.

CAPITULO III

De las medidas de orientación y de protección

Artículo 96

La finalidad de las medidas de orientación y de protección es obtener que el menor que ha cometido aquéllas infracciones que correspondan a ilícitos tipificados en las leyes penales, no incurra en infracciones futuras.

responsable de robo simple puede pasar más tiempo privado de su libertad que otro responsable de homicidio.”²⁶⁷

Muchas irregularidades pueden señalarse respecto a la aplicación de las medidas para menores; haciendo referencia al principio de subsidiariedad en el tratamiento, éste se ve afectado por la carencia de un catálogo de delitos específicos para menores. Dado que la legislación establece la supletoriedad del Código Federal de Procedimientos Penales, es viable que proceda el internamiento para los casos de delitos calificados como graves, dado lo cual los menores son propensos a caer en los supuestos de tratamiento en reclusión. En el mismo sentido, se observa que: “otro problema de las legislaciones de menores es el relativo a la jurisdicción. Este principio se encuentra regulado en el segundo párrafo del artículo 14 constitucional, que recoge el derecho a la jurisdicción como garantía del debido proceso. El mismo principio se incluye en la Convención sobre los derechos del niño. Esta garantía no se satisface, (...) ya que los órganos encargados de la aplicación de las medidas para menores tienen carácter formalmente administrativo; y aunque materialmente realicen funciones jurisdiccionales, bajo una interpretación estricta tanto de la Constitución como de la Convención sobre los derechos del niño, las funciones de estos organismos carecen de sustento legal, habida cuenta de lo dispuesto por el artículo 21 de la Constitución, el cual ordena que la aplicación de las penas es exclusiva de las autoridades judiciales.”²⁶⁸

Al respecto, no puede argumentarse que las medidas aplicables a los menores no constituyen auténticamente penas, sobre todo aquellas que son aplicadas en internamiento, si se atiende al contenido de las *Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad*, adoptadas el 14 de diciembre de 1990. Éstas señalan en su artículo 11.B): “Por privación de libertad se entiende toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública.”²⁶⁹

En sentido similar a lo expuesto, la CNDH ha considerado que la falta de un catálogo sustantivo de las sanciones que se pueden imponer a los niños, que ya se ha comentado, y la aplicación supletoria, para el caso de niños, de las leyes penales de adultos, tiene el efecto de impedir que se cumpla de manera sistemática el principio de subsidiariedad en la aplicación del internamiento. Al considerar el conjunto de reglas que se utilizan para imponer el internamiento, nos encontramos con que son idénticas para los casos en que los adultos quedarán sujetos a privación de la libertad. El hecho de que no exista una regla explícita en

²⁶⁷ RÍOS ESPINOSA, Carlos. op. cit., p. 33.

²⁶⁸ IDEM.

²⁶⁹ IDEM.

la que se disponga de manera limitativa los casos en que podrá aplicarse medida de internamiento, es fuente de inseguridad jurídica en perjuicio de los niños. Una regla que limitase estos casos debería además permitir que el juzgador no la aplicase si ello fuese en contra, o no promoviese, el interés superior del niño. Ello está en patente contradicción con la regulación del *principio de subsidiariedad* que hace el Conjunto de reglas en sus artículos 1, 2 y 28, primera parte, así como los artículos 17.1 b y c, 18.1, y 19.1 de las reglas de Beijing, y 58, última parte, de las Directrices de Riad. En estos documentos se establece que el internamiento de niños se aplicará como último recurso, tratando de adoptar en lo posible medidas sustitutivas, tales como la supervisión escrita, la custodia permanente, la asignación a una familia o el traslado a un hogar o institución educativa.²⁷⁰

El sustento legitimador de estos preceptos, lo encontramos en la consideración de que al ambiente penitenciario, aun cuando esté específicamente diseñado para niños es un entorno negativo para el desarrollo de éstos. Los efectos que produce el ambiente penitenciario no pueden ser neutralizados con tratamientos, por más avanzados que éstos sean, sobre todo si recordamos la condición de especial vulnerabilidad en que se encuentran los niños y adolescentes.

El artículo 88 de la Ley vigente en México, fortalece, a juicio de la CNDH, la inseguridad jurídica en perjuicio de los niños por dos razones:

“A. Porque reafirma que la decisión de imponer una medida en externación o en internación, es una facultad discrecional del funcionario de jurisdicción, sin establecer un límite de garantía como el que establece el artículo 17.1.c, de las reglas de *Beijing*, y; B. Porque ordena al funcionario de jurisdicción, tomar en cuenta no sólo la gravedad de la infracción, sino el dictamen técnico que, como ya se apuntó, tiene importantes inconvenientes. En este contexto, es fácil suponer que el elemento *circunstancias personales del menor*, influirá siempre de manera negativa en perjuicio de la libertad, que debe ser el criterio rector de la intervención punitiva.”²⁷¹

Volviendo al texto de la ley, respecto a las medidas aplicables, se distinguen varios tipos: de orientación, de protección, de tratamiento externo e interno. Según el artículo 119 de la ley en comento, el tratamiento externo no podrá exceder de un año y el tratamiento interno de cinco años; se trata, en este caso, de “una típica fórmula peligrosista al establecer un precepto general de duración máxima de las sanciones, sin que por otra parte exista en la misma Ley regulación alguna que recoja el principio de *nullum poena sine lege*, lo que en la

²⁷⁰ Cfr. **El sistema mexicano de justicia penal para los menores y la doctrina de las Naciones Unidas para la protección integral del niño y la niña**. op. cit., pp. 40-41.

²⁷¹ *IBIDEM*, p. 41.

práctica permite que los niños puedan ser internados por un plazo indeterminado, que en todo caso no podrá exceder de cinco años.”²⁷²

La conclusión del tratamiento se señalará en la resolución que emita el Consejero Unitario, con base a los informes del dictamen que proporcione el Comité Técnico Interdisciplinario.

Con relación a la duración indeterminada del tratamiento, y a sus características, se ha señalado lo siguiente por la CNDH: “Ni siquiera en el caso de los adultos las leyes penales han logrado establecer una proporcionalidad entre las sanciones y la naturaleza y gravedad del delito cometido; menos aún tratándose de las medidas aplicadas a los niños, lo que se traduce en casos como el que un niño que fue encontrado responsable de homicidio calificado, pase el mismo tiempo en internamiento que otro que cometió el delito de robo con violencia o incluso infracciones menos graves. Ello es consecuencia de que la Ley no garantiza una retribución cierta, justa y proporcional ante las conductas tipificadas como delitos que cometen los niños, ya que la duración del internamiento se hace depender de *la respuesta al tratamiento*, la cual se sustenta en un postulado organicista que considera a los niños y adolescentes, desde que son procesados, como enfermos y no como infractores, a pesar de que, en forma nominal, sean considerados como tales.”²⁷³

Es por ello necesario, con el objeto de poder superar la yuxtaposición de criterios en la aplicación de sanciones a los niños y adolescentes, que “se hace necesario establecer un catálogo de conductas sancionables, con tiempos mínimo y máximo de internamiento, que no deberán exceder el límite de cinco años actualmente previsto. Este límite máximo para el internamiento puede considerarse conveniente, dado que serviría para regir los supuestos de concurso real e ideal de delitos.”²⁷⁴

Como lo establecen los artículos 120 y 121 de la referida Ley, el seguimiento técnico del tratamiento se llevará a cabo por la unidad administrativa de prevención y tratamiento del menor, una vez que éste concluya, con el objeto de reforzar y consolidar la adaptación social del menor. El seguimiento técnico del tratamiento tendrá una duración de seis meses, contados a partir de que concluya la aplicación de éste.

Terminada la exposición relativa al procedimiento, es de interés comentar algunos aspectos generales incluidos en la ley en comento. En el Título Sexto de la misma, se contemplan diversas disposiciones finales: para comprobar la edad del sujeto, se utilizará el acta respectiva, expedida por las oficinas del Registro

²⁷² IBIDEM, p. 39.

²⁷³ IBIDEM, pp. 21-22.

²⁷⁴ IDEM.

Civil correspondiente; si no es posible hacerlo por esta vía, se acreditará por medio de dictamen médico rendido por los peritos, que para tal efecto designe el Consejo. En caso de duda, se presumirá la minoría de edad.

Por otro lado, es importante analizar lo que dispone el artículo 128, respecto a la aplicación supletoria del Código Federal de Procedimientos Penales. Cabe considerar la opinión expresada por RÍOS ESPINOSA al respecto, en el sentido de que: “En lo atinente al principio de reserva de ley, la legislación federal la asume nominalmente (...), porque a pesar de que la garantía de *nullum crimen sine lege* se encuentra establecida en los artículos 1º, 6º, 46, segundo párrafo 88, primero y segundo párrafos y 97 al 119 de la ley federal, esa garantía es de carácter eminentemente procesal y no contiene una regulación sistemática adecuada a la normatividad punitiva para niños y adolescentes. En esta materia no basta establecer la supletoriedad con la legislación de adultos, es necesaria una regulación sustantiva que se rija por los principios de la doctrina de la protección integral. La supletoriedad de los códigos penales para adultos omite las recomendaciones establecidas en el principio 5 de las *Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices del Riad)*, adoptadas el 14 de diciembre de 1990, en el sentido de garantizar la mínima intervención penal en contra de niños.”²⁷⁵

4. Jurisprudencia.

El procedimiento especial que debe aplicarse a los menores, varía de acuerdo a la legislación de cada Estado, un ejemplo es el establecido en la Ley para el tratamiento de menores infractores para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal.

La jurisprudencia se ha avocado principalmente, a cubrir lagunas legales de carácter procesal, como la necesidad de comprobar, en dado caso, la minoría de edad. Para ello, resulta lógica la utilización primordial del acta de nacimiento del Registro Civil. No es lo más idóneo la realización de una prueba pericial en este respecto, pues, como es evidente, cada individuo tiene un desarrollo diferente debido a su naturaleza orgánica particular, desgaste y resistencia, por lo que puede tener un aspecto físico que pudiera representar o no su edad real, pudiéndose hacer entonces, únicamente una valoración aproximada.

En el mismo renglón, se ha establecido en la jurisprudencia que es obligación del juez promover las diligencias necesarias para comprobar en dado caso, la minoría de edad, cuando el inculcado ha manifestado que es menor de edad. Y aunque esto no sea posible efectuarlo de inmediato, y exista la duda, no

²⁷⁵ RÍOS ESPINOSA, Carlos. op. cit., p. 31.

puede aplicársele la legislación penal, en tanto se compruebe su mayoría o minoría de edad.

Al margen de estos aspectos, que me atrevo a considerar un tanto secundarios, es interesante analizar las garantías que se han otorgado a los menores dentro de la jurisprudencia; como ya vimos, de inicio se considera al menor de edad inimputable, y por tanto, no puede someterse a un proceso penal.

Es por ello que se ha establecido que no puede obligarse a un menor a rendir su declaración frente a un Ministerio Público, careciendo en todo caso ésta de valor.²⁷⁶

En este mismo sentido, vemos que no puede iniciarse una averiguación previa en contra de un menor de edad; por tanto, cuando a un menor se le atribuya la comisión de una conducta delictiva, el Ministerio Público y la policía podrán intervenir únicamente en la tesitura de poner lo más pronto posible al menor ante las autoridades facultadas para su tratamiento, como es el Consejo Tutelar.²⁷⁷

²⁷⁶ MENOR DE EDAD. DECLARACION DE. ANTE EL MINISTERIO PUBLICO. (LEGISLACION DEL ESTADO DE NUEVO LEON). Si el detenido al rendir su declaración ante el representante social manifestó que era menor de edad, dicho funcionario debió cerciorarse fehacientemente de la edad del sujeto, por lo que si no es desvirtuada su afirmación, es indudable que su declaración carece de validez, toda vez que no debió haber sido sometida a ningún tipo de interrogatorio, en tales circunstancias, ya que el artículo séptimo de la Ley del Consejo Tutelar para Menores en la entidad, dispone que cuando en la comisión de delitos intervinieren mayores y menores de 18 años, los tribunales penales no podrán sujetar a los segundos a la esfera de su competencia; precisándose que los menores están obligados a declarar como testigos ante dichos tribunales en las causas seguidas a los adultos que con ellos participaren en la comisión de actos delictuosos; pero lo harán en el hogar o institución en que se hallaren, por lo que al ser vertida por un menor, es claro que no reúne los requisitos del artículo 287 del Código Federal de Procedimientos Penales, en cuya fracción I, establece que para ser válida la confesión, tiene que ser de una persona mayor de edad“ .

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL CUARTO CIRCUITO.

Amparo directo 154/92. Jorge Serna Elizondo. 30 de septiembre de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Juan Miguel García Salazar. Secretario: Angel Torres Zamarrón.

Amparo directo 437/92. Sara Pérez Castañeda. 19 de noviembre de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Ramiro Barajas Plasencia. Secretaria: Gloria Fuerte Cortés.

²⁷⁷ MENORES INIMPUTABLES, EL MINISTERIO PUBLICO NO DEBE INICIAR AVERIGUACION PREVIA POR INFRACCIONES ANTISOCIALES DE LOS. (LEGISLACION DEL ESTADO DE CHIAPAS). De conformidad con lo dispuesto por el artículo 11 del Código Penal para el Estado de Chiapas, son imputables de delitos los que hayan cumplido 18 años de edad y el artículo 119 del propio ordenamiento establece que los menores de 18 años que hayan ejecutado, hecho o incurrido en comisiones tipificadas como delito o infracciones a reglamentos administrativos que constituyen actos antisociales, serán sometidos por el tiempo que sea necesario para su corrección educativa, a la forma y términos que establece la Ley del Consejo Tutelar para Menores, en sus

Sin embargo, si es posible, y se dará plena validez, a la declaración confesional que pudiese realizar el menor ante el Ministerio Público o el Juez, por su propia voluntad, no como coacusado, siendo que no puede ser culpable de la conducta.²⁷⁸

Por desgracia, muchas veces sucede que a pesar de que el menor no puede ser sometido a un proceso penal, durante el procedimiento especial en el que se determina su tratamiento sufre violaciones a sus derechos, es retenido ilegalmente, no puede defenderse adecuadamente o interponer recursos contra actos judiciales que le perjudiquen, como pudiese ser el amparo; no son respetados los preceptos que establece la misma Constitución como garantías para todo procesado penal, mismas que favorecen también al menor, a pesar de ser inimputable.

Tiene el menor todo el derecho de que en el proceso seguido en su contra se le escuche, pueda defenderse de las acusaciones como tiene posibilidad de hacerlo un imputado mayor de edad, sea por medio de sus padres, tutores o representantes.²⁷⁹

artículos 12 y 13. Por tanto, los menores de esa edad, son inimputables de responsabilidad penal y los funcionarios del Ministerio Público y las autoridades de policía se abstendrán de iniciar averiguaciones por infracciones antisociales cuya comisión se les atribuye, y su intervención se limitará a ponerlos inmediatamente a disposición de los consejos tutelares para menores”.

TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGESIMO CIRCUITO.

Amparo en revisión 148/89. Aymed Coutiño Coutiño. 15 de agosto de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Homero Ruiz Velázquez. Secretario: Stalin Rodríguez López.

²⁷⁸ MENOR DE EDAD. VALOR PROBATORIO DE SU CONFESIÓN MINISTERIAL, COMO COACUSADO DEL PROCESADO. La confesión ministerial formulada por un menor de edad como coacusado del procesado, no resta credibilidad a lo por él declarado, independientemente de que haya o no intervenido su representante o tutor, ya que al no existir disposición legal que obligue a ello, no puede estimarse que por ser penalmente inimputable y perder su calidad de coculpado su dicho carezca de valor; pues con independencia de que su conducta deba ser examinada por un consejo tutelar para menores, su imputación en contra de otra persona, sin pretender eludir su propia participación delictiva, adquiere fuerza como indicio y alcanza plena validez cuando existen elementos que la corroboran.”

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 199/99. Sixto Peña Pérez. 10 de junio de 1999. Unanimidad de votos. Ponente: Jaime Raúl Oropeza García. Secretaria: Cleotilde Juvenalia Meza Navarro.

²⁷⁹ MENORES INFRACTORES DEL DISTRITO FEDERAL. LEY QUE CREA LOS CONSEJOS TUTELARES (PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACION DEL 2 DE AGOSTO DE 1974). EL PROCEDIMIENTO QUE ESTABLECE ES VIOLATORIO DEL ARTICULO 14 CONSTITUCIONAL. De los artículos 1o., 4o., 14 y 18 de la Constitución se desprende, no sólo que las garantías establecidas favorecen a los menores de edad, sino además que éstos deben gozar de especial apoyo y protección, de modo que si por conductas que implican infracciones a

A pesar de que su proceso es diferente al proceso penal típico, seguido para los mayores de edad, éste también debe sujetarse a ciertas reglas y términos, con el fin de respetar las garantías y los derechos que asisten al menor que ha sido acusado.²⁸⁰

las leyes las autoridades deben aplicarles medidas de seguridad que entrañen privarlos de su libertad o de sus derechos, deben ser oídos previamente, extremo que no garantiza el procedimiento establecido por la Ley que crea los Consejos Tutelares para Menores Infractores del Distrito Federal (publicada en el Diario Oficial de la Federación del 2 de agosto de 1974), en virtud de que no da oportunidad al menor para que intervenga en su defensa por conducto de sus padres, tutores o quienes ejerzan la patria potestad o del profesionista de su confianza, beneficio este último de que gozan aun los adultos procesados penalmente, sin que baste para subsanar tal violación la circunstancia de que los artículos 15, 27, 31, 35, 40, 58 y demás relativos de la ley reclamada establezcan, como órgano auxiliar oficioso, la figura del promotor, sobre el que recaen las facultades tutelares de defensa del menor, inclusive la de interponer recursos, en virtud de que su intervención impositiva y excluyente no responde con plenitud a las garantías que se establecen, precisamente, en interés del menor y que corresponde ejercitar, en principio, a quien ejerce la patria potestad o tutoría.

Amparo en revisión 5113/90. Héctor Salgado Aguilera. 8 de septiembre de 1994. Unanimidad de diecisiete votos. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretario: Raúl Alberto Pérez Castillo.

El Tribunal Pleno en su sesión privada celebrada el veintisiete de abril en curso, por unanimidad de once votos de los señores Ministros Presidente José Vicente Aguinaco Alemán, Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Mariano Azuela Güitrón, Juventino V. Castro y Castro, Juan Díaz Romero, Genaro David Góngora Pimentel, José de Jesús Gudiño Pelayo, Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, Humberto Román Palacios, Olga María Sánchez Cordero y Juan N. Silva Meza; aprobó, con el número V/95, la tesis que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis de jurisprudencia. México, Distrito Federal, a veintiocho de abril de mil novecientos noventa y cinco.

²⁸⁰ MENORES INFRACTORES. EL AUTO DE SUJECION A PROCEDIMIENTO DEBE CUMPLIR CON LA CORRECTA FUNDAMENTACION Y MOTIVACION. (LEY PARA LA ATENCION, TRATAMIENTO Y ADAPTACION DE MENORES EN EL ESTADO DE COAHUILA DE ZARAGOZA). Cuando un menor es sometido a un procedimiento ante el Consejo Unitario de Menores del Estado de Coahuila, por estimarlo participe en la comisión de infracciones, que las leyes penales tipifican como delitos, y se dicta auto inicial de sujeción al procedimiento, para que el menor permanezca recluso en la residencia juvenil; dicho auto, como todos los actos de autoridad debe de estar debidamente fundado y motivado para que no resulte violatorio del artículo 16 constitucional; pues la Constitución General de la República no exime a ninguna autoridad de dar cumplimiento a lo que ella ordena; más aún cuando en la especie se trata de menores; y de que conforme a la ley que rige el acto que se reclama, que lo es la Ley para la Atención, Tratamiento y Adaptación de Menores del Estado de Coahuila, exige el respeto de la citada garantía, pues en su artículo 32 fracción XII, establece que ningún menor podrá ser retenido por los órganos del consejo, por más de cuarenta y ocho horas, sin que se justifique con una resolución inicial (sujeción a procedimiento), dictada por el consejero competente, la cual deberá estar debidamente fundada y motivada; y que además en su artículo 47 fracciones II, III, IV y V, expresamente dispone, que en la resolución inicial deberán de expresarse los elementos que en su caso integran la infracción, que corresponda al ilícito tipificado en las leyes penales; los elementos que determinen o no la presunta participación del menor en la comisión de la infracción; el tiempo, lugar y circunstancias de los hechos; y los fundamentos legales, así como las razones y las causas por las cuales se considera que quedó o no acreditada la infracción o infracciones y la probable

Una institución sumamente especial del Derecho mexicano es el Juicio de Amparo; por supuesto, el auxilio que se otorga por medio de éste a quien ha sufrido una violación a sus garantías de parte de una autoridad, asiste también al menor infractor, a pesar de su condición de inimputable.²⁸¹

Dentro de ello, se incluye lo que establece la Ley de Amparo, en relación con figuras como la suplencia de la deficiencia de la queja. Por tanto, dentro del Juicio de Garantías o Amparo, constituye una obligación de la autoridad jurisdiccional suplir la deficiencia de la queja en el amparo presentado por el

participación del menor en su comisión; de tal manera que si la autoridad responsable al dictar su resolución, considera que el menor debe quedar sujeto a reclusión en la residencia juvenil, y para ello únicamente toma en cuenta que conforme al ordenamiento señalado, la infracción cometida merece de acuerdo a las leyes penales ser considerada como un delito grave y que no amerita la concesión de la libertad provisional bajo caución, pero omitió analizar los elementos que determinan o no la participación del menor en la comisión de la infracción, así como de expresar los fundamentos legales, las razones y las causas particulares de su determinación, es evidente que la resolución emitida en esos términos carece de la debida fundamentación y motivación”.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL OCTAVO CIRCUITO.

Amparo en revisión 158/95. Emmanuel Vázquez Herrera. 5 de junio de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Marco Antonio Arroyo Montero. Secretario: Julio Jesús Ponce Gamiño.

²⁸¹ MENORES. TIENEN INTERÉS JURÍDICO PARA RECLAMAR, EN EL JUICIO DE AMPARO, LA REVOCACIÓN DE LA RESOLUCIÓN QUE DECRETÓ SU DEPÓSITO O GUARDA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE VERACRUZ). El depósito o guarda de personas que, como medida provisional, prevén los artículos 158 a 168 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Veracruz, tiene como finalidad salvaguardar la integridad física y moral de la persona que esté en el caso de ser protegida de acuerdo con la ley. En estas condiciones, la resolución que revoca la guarda y depósito decretada a favor de un menor, no sólo afecta el derecho que se constituyó en favor del padre designado como depositario, sino también del menor, de donde deriva el interés jurídico de éste para impugnar, mediante el juicio de amparo, la resolución relativa y los preceptos en los cuales se funda, al ser titular de un derecho que se estima transgredido por la actuación de la autoridad responsable. Esto es, el menor tiene el derecho legítimamente tutelado de ser protegido mediante la determinación de su guarda o depósito y al afectarse dicho derecho con la resolución que revoca la citada medida, tiene interés jurídico para reclamarla si la estima lesiva de sus garantías, ello con independencia de que en el caso concreto se presenten o no las circunstancias de hecho previstas en la ley para la procedencia de la medida, pues esto es una cuestión que atañe al fondo del juicio de amparo y no a su procedencia.

Novena Epoca Instancia: Pleno Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: XI, Abril de 2000 Tesis: P. LIX/2000 Página: 77 Materia: Constitucional, Civil Tesis aislada.

Amparo en revisión 3017/96. Javier Pérez Hernández, por sí y como representante de la menor María Fernanda Pérez Muslera. 18 de noviembre de 1999. Once votos. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretaria: Lourdes Ferrer Mac Gregor Poisot. El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada hoy veintiocho de marzo en curso, aprobó, con el número LIX/2000, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a veintiocho de marzo de dos mil.

menor, porque debe considerarse de interés primordial para el Estado, y para toda la sociedad en general la necesidad de salvaguardar los derechos de los menores, tales como la igualdad procesal o la capacidad de defensa.²⁸²

Cuando el menor interponga una demanda de amparo, corresponderá a la autoridad responsable, nombrarle un representante legal, para que a su nombre participe en el juicio de garantías, debido a la calidad de inimputable del menor promovente.²⁸³

²⁸² MENORES O INCAPACITADOS. TODA AUTORIDAD JURISDICCIONAL DEBE ALLEGARSE DE OFICIO LAS PRUEBAS NECESARIAS PARA DILUCIDAR CONTROVERSIAS EN QUE ESTEN EN JUEGO DERECHOS DE LOS. Toda autoridad jurisdiccional debe allegarse de oficio las pruebas necesarias para dilucidar la controversia en que estén en juego derechos de menores e incapacitados, pues, en ese caso, la sociedad y el Estado tienen interés en que esos derechos sean protegidos supliendo la deficiencia de la queja para disminuir la material desventaja en que los menores o incapacitados se encuentran frente a la contraparte en los juicios en que contienden, ya que si bien los derechos de esos sujetos son de carácter privado, son derechos privados de interés público debido al interés que la sociedad y el Estado tienen en que sean salvaguardados, garantizando su igualdad procesal en el juicio en que sean parte; de suerte que, al aportar de oficio elementos probatorios para mejor proveer, como suplencia de la queja, no es una mera facultad, sino un deber de toda autoridad jurisdiccional que conozca del juicio en que éstos se controviertan.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO CIRCUITO.

Amparo directo 372/95. Lenín Córdova Suárez. 10 de agosto de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Juan Vilchiz Sierra. Secretario: Ruber Alberto Rodríguez Mosqueda.

²⁸³ MENORES O INCAPACES. ESTAN OBLIGADOS A RECLAMAR LAS VIOLACIONES PROCESALES EN AMPARO HASTA QUE SE DICTE SENTENCIA EN EL JUICIO. Los menores o incapaces a lo único que se les exige en materia de amparo civil, es a no preparar el juicio cuando se combaten violaciones procesales en el amparo directo. Esto es, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 107, fracción III, inciso a), de la Constitución y 161 de la Ley de Amparo, para que pueda ser estudiada en el juicio de garantías uniinstancial la violación cometida en el transcurso del juicio, es requisito indispensable el que se impugne el acto en el transcurso del mismo procedimiento mediante el recurso ordinario y dentro del término que la ley respectiva señala y si la ley no concede recurso alguno, o concediéndolo, el recurso es desechado o declarado improcedente, se deberá invocar la violación presentada como agravio en la segunda instancia si se cometió en la primera. Estos requisitos no se piden cuando quien acude al amparo es un menor de edad o un incapaz o bien si el acto está dictado sobre acciones del estado civil o que afecten al orden y a la estabilidad de la familia; de tal forma que a los menores o incapaces sólo se les exenta de agotar los recursos ordinarios en contra de la infracción cometida en el procedimiento donde son las partes, pero no se les exige de la obligación de atacar esa violación procesal hasta cuando se haga valer el juicio de garantías directo en contra de la sentencia definitiva, por lo que, cuando un menor o incapaz reclama en amparo indirecto el desechamiento de un incidente de nulidad de actuaciones, confirmado en apelación, el juicio es improcedente y debe sobreseerse en el mismo, por tratarse de una violación procesal de las que señala el artículo 159, fracción V, de la Ley de Amparo, impugnabile hasta cuando se intente el amparo directo, como lo señala el artículo 161 de la ley de la materia, surtiéndose la causal de improcedencia prevista por el artículo 73, fracción XVIII, en relación con el 159, fracción V y 161 de la Ley Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 Constitucionales.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO SEXTO CIRCUITO.

Cuando ha sido fehacientemente comprobada la participación del menor en una conducta considerada como delito, debe ser entonces sometido no a una pena, sino a un tratamiento de rehabilitación individualizado, de acuerdo a las características de cada menor, encausado a orientarlo y educarlo para eliminar esas conductas antisociales, y así, lograr que una vez terminado dicho tratamiento, el infante o adolescente pueda reincorporarse plenamente a la sociedad.²⁸⁴

El tratamiento deberá ser sin duda individualizado, tal como expresa LÓPEZ REY: "Ciertamente, en algunos aspectos es conveniente establecer normas de carácter general, pero si algo había de esperarse de una criminología progresiva, no eran criterios uniformes sobre la madurez, carentes de fundamento desde el punto biopsicológico, sino la individualización. Si ésta se proclama como

Amparo en revisión 20/90. María Dolores Guzmán García en representación de sus menores hijos Hugo Salvador y Diego Salvador García Guzmán. 16 de mayo de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Wilfrido Castañón León. Secretario: Alejandro Caballero Vértiz.

²⁸⁴ MENORES INFRACTORES. TRATAMIENTO INTERNO INDETERMINADO. Viola garantías la resolución definitiva pronunciada por la Sala Superior del Consejo de Menores al no determinar el tiempo máximo de duración de la medida de tratamiento interno a que debe ser sometido el menor infractor, dejando tal decisión al arbitrio de las autoridades encargadas de la aplicación de las medidas de orientación, protección y tratamiento; debiéndose observar lo dispuesto en los artículos 59, fracción V, 119 y 124 de la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal; pues la Sala Superior al resolver el recurso de apelación, y pronunciar resolución definitiva, debe analizar no sólo si está demostrado el cuerpo de la infracción y la plena participación en su comisión, sino que también debe hacer una correcta individualización de las medidas que procedan, con base en el dictamen que emite el Comité Técnico Interdisciplinario, que varía según el grado de desadaptación social del menor, determinando el tiempo máximo de duración de la medida del tratamiento, adecuándolo dentro del límite fijado por el antes citado artículo 119, esto es, que no podrá exceder de un año el tratamiento externo y el interno de cinco años.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 199/93. Eleazar Aguirre Pérez. 14 de junio de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos de Gortari Jiménez. Secretario: Víctor Manuel Estrada Jungo.

Amparo en revisión 183/93. Roberto Carlos Ruiz García. 30 de junio de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Guillermo Velasco Félix. Secretario: Tereso Ramos Hernández.

Amparo directo 1635/94. Marvin Castañeda Ramírez. 28 de octubre de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos de Gortari Jiménez. Secretaria: Martha Yolanda García Verduzco.

Amparo directo 1899/94. Carlos Hernández Paredes. 16 de enero de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos de Gortari Jiménez. Secretaria: Martha Yolanda García Verduzco.

Amparo directo 295/96. Susana Josefina Campos Salazar. 30 de mayo de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos de Gortari Jiménez. Secretaria: Leticia Ramírez Miranda.

fundamental en el tratamiento de los delincuentes, lo mismo debería hacerse cuando se trata de determinar la responsabilidad individual. Es difícil admitir que el hecho de pasar el último minuto de una edad a otra hace a una persona de repente responsable, en especial si se acepta que, hasta el último minuto, los menores han estado preservados en un mundo propio, donde los valores sociales fundamentales no son aplicables. La individualización revela que muchos adultos son menos maduros que muchos jóvenes y, sin embargo y en virtud de la norma general, son considerados 'prima facie' imputables. Por consiguiente, la afirmación según la cual los menores deben adquirir primero la forma de pensar y conducirse de los adultos posee escaso sentido. Lo que se precisa de ellos es que absorban la existencia y el significado de ciertas prohibiciones de carácter fundamental y actúen de acuerdo con ellas.²⁸⁵

Por supuesto, es una obligación de la autoridad, por medio del dictamen técnico que realicen los especialistas, dejar en claro en que consistirá el tratamiento, su duración y las medidas educativas, psicológicas, médicas, terapéuticas y demás que lo constituirán, para evitar dejar al menor en un estado de indefensión, sin saber a ciencia cierta cuando saldrá de la institución en la que ha sido inscrito, o en que consistirá su rehabilitación.²⁸⁶

C. La Reforma constitucional de 12 de diciembre de 2005.

²⁸⁵ LÓPEZ-REY Y ARROYO, Manuel. **La Criminalidad. Un estudio analítico**. Tecnos, Madrid, España, 1976, p. 272.

²⁸⁶ MENORES INFRACCTORES. LA AUSENCIA DEL DICTAMEN TÉCNICO AL INDIVIDUALIZAR LA MEDIDA DE REHABILITACIÓN O ASISTENCIA, NO PARA PERJUICIO A LOS (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO). El artículo 53, fracción V, de la Ley de Prevención Social y Tratamiento de Menores del Estado de México, establece que en la resolución definitiva, la medida de rehabilitación o asistencia se individualizará tomando en cuenta el dictamen técnico jurídico que se emita al efecto; sin embargo, tomando en consideración la naturaleza de dicho dictamen, al ser tan sólo un criterio orientador del prudente arbitrio para definir la clase de tratamiento que se aplicará al menor infractor sin soslayar la naturaleza de la infracción en que incurrió el quejoso, debe entenderse que su ausencia no para perjuicio al menor, aunado al hecho de que la resolución de primera instancia está suscrita tanto por el presidente del Consejo de Menores, como por vocales en pedagogía, psicología, medicina, trabajo social y labor-terapia, lo que conduce a la convicción de que la resolución emitida fue con estricto apego a las constancias procesales y que la naturaleza de la infracción justifica la imposición del tratamiento en internamiento que como medida rehabilitadora se impuso al quejoso.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 425/97. Alejandro Medina Hernández. 14 de agosto de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: Rogelio Sánchez Alcáuter. Secretario: Juan José González Lozano.

Con esta fecha, se reformó el texto de los párrafos cuarto, y se agregaron los párrafos quinto y sexto del artículo 18 constitucional.²⁸⁷ Con esta reforma, se buscó elevar al rango constitucional algunos de los principios más importantes en materia de derecho de menores infractores, siguiendo el modelo garantista que hemos continuamente referido, cuyo sustento es la Convención de los derechos del niño y demás instrumentos internacionales. Si bien, la reforma constitucional constituye un avance en la consolidación del derecho de menores infractores, o como se ha llamado también, “Derecho de los menores en conflicto con la ley penal”,²⁸⁸ siguiendo el camino iniciado con la ratificación de la Convención y la creación de la Ley vigente actualmente en el orden federal, aún queda un largo camino por recorrer tanto para adecuar todas las legislaciones estatales a estas disposiciones constitucionales, como para lograr que los principios en favor del menor pasen de ser mera letra en la ley, a estar vigentes en la práctica.

A grandes rasgos, las reformas constitucionales versan sobre lo siguiente:

a) Se establece la obligación de la Federación, los Estados y el Distrito Federal para establecer en el ámbito de sus respectivas competencias, un sistema integral de justicia que sea aplicable a los menores infractores (es decir, a quienes se atribuya la realización de una conducta tipificada como delito por las leyes

²⁸⁷ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Artículo 18.

(...)

La Federación, los Estados y el Distrito Federal establecerán, en el ámbito de sus respectivas competencias, un sistema integral de justicia que será aplicable a quienes se atribuya la realización de una conducta tipificada como delito por las leyes penales y tengan entre doce años cumplidos y menos de dieciocho años de edad, en el que se garanticen los derechos fundamentales que reconoce esta Constitución para todo individuo, así como aquellos derechos específicos que por su condición de personas en desarrollo les han sido reconocidos. Las personas menores de doce años que hayan realizado una conducta prevista como delito en la ley, solo serán sujetos a rehabilitación y asistencia social.

La operación del sistema en cada orden de gobierno estará a cargo de instituciones, tribunales y autoridades especializados en la procuración e impartición de justicia para adolescentes. Se podrán aplicar las medidas de orientación, protección y tratamiento que amerite cada caso, atendiendo a la protección integral y el interés superior del adolescente.

Las formas alternativas de justicia deberán observarse en la aplicación de este sistema, siempre que resulte procedente. En todos los procedimientos seguidos a los adolescentes se observará la garantía del debido proceso legal, así como la independencia entre las autoridades que efectúen la remisión y las que impongan las medidas. Éstas deberán ser proporcionales a la conducta realizada y tendrán como fin la reintegración social y familiar del adolescente, así como el pleno desarrollo de su persona y capacidades. El internamiento se utilizará solo como medida extrema y por el tiempo más breve que proceda, y podrá aplicarse únicamente a los adolescentes mayores de catorce años de edad, por la comisión de conductas antisociales calificadas como graves.

(...)

²⁸⁸ VILLANUEVA CASTILLEJA, Ruth, et. al. “Apuntamientos para un derecho de los menores de edad en conflicto con la ley penal”. En **Revista Académica de la Facultad de Derecho de la Universidad La Salle**. México, enero 2007, Año IV, no. 8, pp. 223-265.

penales), que tengan entre doce años cumplidos y menos de dieciocho años de edad.

b) Dicho sistema, debe velar porque se garanticen los derechos fundamentales que reconoce la Constitución para todo individuo, así como aquellos derechos específicos que por su condición de personas en desarrollo les han sido reconocidos.

c) El sistema referido, deberá estar a cargo de instituciones, tribunales y autoridades especializados en la procuración e impartición de justicia para adolescentes.

d) Respecto a las medidas, se podrán aplicar aquellas medidas de orientación, protección y tratamiento que amerite cada caso, atendiendo a la protección integral y el interés superior del adolescente. El internamiento se utilizará solo como medida extrema y por el tiempo más breve que proceda, y podrá aplicarse únicamente a los adolescentes mayores de catorce años de edad, por la comisión de conductas antisociales calificadas como graves.

D. Nuevos ordenamientos y reformas en el ámbito local a raíz de la reforma constitucional de 2005.

Según el Decreto de Reforma publicado el 12 de diciembre de 2005,²⁸⁹ las entidades Federativas junto con el Distrito Federal, tendrían como límite el 12 de septiembre de 2006, para crear las leyes, instituciones y órganos que se adecuaran al nuevo mandato constitucional.

En esta tesitura, se han venido promulgando paulatinamente diversos ordenamientos para dar cumplimiento a la disposición. De manera general, los documentos jurídicos coinciden en los puntos principales de la reforma constitucional, en el siguiente sentido:

²⁸⁹ DECRETO por el que se declara reformado el párrafo cuarto y adicionados los párrafos quinto y sexto, y se recorre en su orden los últimos dos párrafos del Artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Artículos Transitorios

PRIMERO. El presente Decreto entrará en vigor a los tres meses siguientes de su publicación en el Diario Oficial de la Federación.

SEGUNDO. Los Estados de la Federación y el Distrito Federal contarán con seis meses a partir de la entrada en vigor del Decreto, para crear las leyes, instituciones y órganos que se requieran para la aplicación del presente Decreto.

1. Se unifican los límites de la edad penal, de los doce años cumplidos hasta los dieciocho años, designándose como *adolescentes* a los menores comprendidos en el rango, siendo ellos los sujetos principales del nuevo sistema de administración y procuración de justicia.

2. Se reconocen diversas garantías jurídicas para el adolescente sujeto a proceso, enunciándolos como derechos mínimos, y no de forma limitativa.

3. Se crean instituciones, tribunales y autoridades especializados.

4. Se privilegian las sanciones alternativas, como medidas de orientación, protección y tratamiento, disponiendo la aplicación del internamiento sólo como última medida.

Entre las entidades que han emitido leyes en este respecto durante 2006 y 2007, se mencionan las siguientes:

a) Baja California.

Ley de Justicia para Adolescentes del Estado de Baja California, publicada en el Periódico Oficial No. 45, de fecha 27 de octubre de 2006, Tomo CXIII, Sección I.

En vigor, según el Transitorio Primero, a partir del primero de marzo de 2007.

b) Baja California Sur.

Ley de Justicia para Adolescentes para el Estado de Baja California Sur, Decreto 1630, promulgada el 12 de septiembre de 2006.

De acuerdo con el transitorio Primero, la ley entró en vigor el día 1 de noviembre del año 2007.

c) Campeche.

Ley de Justicia para Adolescentes del Estado de Campeche, expedida por Decreto Num. 337, P.O. 3643, publicado el 12 de Septiembre de 2006, en vigor desde el día siguiente de la publicación.

d) Chiapas.

Ley que establece el Sistema Integral de Justicia para Adolescentes en el Estado de Chiapas. Promulgada el 23 de febrero del 2007, publicado bajo Decreto #150, en el Periodico Oficial del Estado de fecha 7 de marzo del 2007.

De acuerdo con el Transitorio Primero, la Ley entraría en vigor seis meses después de su publicación; es decir, en septiembre de 2007.

e) Chihuahua.

Ley de Justicia Especial para Adolescentes Infractores del Estado de Chihuahua; promulgada el 8 de septiembre y publicada en el Periódico Oficial del Estado del 16 de septiembre de 2006.

Según el Artículo Primero de los Transitorios, relativo al inicio de vigencia, la ley inició su vigencia el primero de julio del año 2007.

f) Coahuila.

Ley de Justicia para Adolescentes del Estado de Coahuila de Zaragoza. Ley publicada en el Periódico Oficial, el viernes 1 de septiembre de 2006.

Según el Transitorio Primero, la Ley entró en vigor el 12 de septiembre de 2006.

g) Colima.

Decreto No. 410, Ley que Establece el Sistema Integral de Justicia para Adolescentes del Estado de Colima. Promulgada el 22 de agosto de 2006, en vigor desde el 12 de septiembre de 2006, según estipuló el Transitorio Primero.

h) Guanajuato.

Ley de Justicia para Adolescentes del Estado de Guanajuato; publicada por Decreto Número 280 en el Periódico Oficial número 122, tercera parte de 1 de agosto de 2006.

Según el Transitorio Primero, la Ley entró en vigor el 12 de septiembre de 2006.

i) Jalisco.

Ley de Justicia Integral para Adolescentes del Estado de Jalisco. Publicada el 12 de septiembre de 2006, en el Periódico Oficial Sección III. En vigencia desde el 15 de febrero de 2007.

j) Estado de México.

Ley de Justicia para Adolescentes del Estado de México. Publicada el 25 de enero de 2007, en vigor desde el día de publicación.

k) Michoacán.

Ley de Justicia Integral para Adolescentes del Estado de Michoacán de Ocampo. Publicada por Decreto Legislativo No. 88 en el Periódico Oficial de fecha 16 de enero de 2007.

En vigor, según el Transitorio Primero, a los ciento veinte días de la fecha de publicación.

l) Morelos.

Ley del Sistema Integral de Justicia para Adolescentes del Estado de Morelos. Fecha de Publicación: 23 de noviembre de 2007. En vigencia desde el 15 de enero de 2008.

m) Nayarit.

Ley de Justicia para Adolescentes del Estado de Nayarit. Ley publicada en la Sección Tercera del Periódico Oficial del Estado, el 9 de Septiembre de 2006.

En vigor, desde el 12 de septiembre de 2006.

n) Nuevo León.

Ley del Sistema Especial de Justicia para Adolescentes del Estado de Nuevo León. Publicada en el Periódico Oficial del Estado de fecha 10 de septiembre de 2006, en vigor desde el 12 de septiembre.

Esta legislación ya ha sido reformada, por Decretos publicados el 4 de julio y el 21 de diciembre de 2007.

ñ) Oaxaca.

Ley de Justicia para Adolescentes del Estado de Oaxaca. Ley publicada en la Tercera Sección del Periódico Oficial del Estado de Oaxaca, el 9 de septiembre de 2006.

Vigente desde el 1 de enero de 2007.

o) San Luis Potosí.

Ley de Justicia para Menores del Estado de San Luis Potosí. Fecha de Aprobación: 29 de Agosto de 2006; fecha de Promulgación: 5 de Septiembre de 2006; fecha de Publicación: 5 de Septiembre de 2006.

En vigor desde el 12 de septiembre de 2006.

p) Sinaloa.

Ley de Justicia para Adolescentes del Estado de Sinaloa. Publicada en el Periódico Oficial No. 109 Segunda Sección del 11 de septiembre de 2006, por Decreto No. 397, por el cual además se la Ley Orgánica del Poder Judicial, La Ley Orgánica del Ministerio Público, la Ley Orgánica de la Defensoría de Oficio, la Ley de Seguridad Pública, la Ley para la Protección de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes y la Ley sobre el Sistema de Asistencia Social, todas del Estado de Sinaloa.

En vigor un año después de su publicación, es decir, desde el 11 de septiembre de 2007.

q) Sonora.

Ley que establece el Sistema Integral de Justicia para Adolescentes del Estado de Sonora. LEY 252; Publicada en el Boletín Oficial, Ed. Especial No. 9, de fecha 12 de septiembre de 2006.

En vigor a los noventa días de la publicación.

r) Tabasco.

Ley que establece el Sistema Integral de Justicia para Adolescentes en el Estado de Tabasco. Publicada en el Periódico Oficial Extraordinario Num. 18 del 12 de septiembre del 2006. En vigor desde el día siguiente de la publicación.

s) Tamaulipas.

Ley de Justicia para Adolescentes del Estado. Publicada por Decreto No.LIX-584, Anexo al P.O. No.109, del 12 de septiembre de 2006. Vigente desde el día siguiente.

t) Yucatán.

Ley de Justicia para Adolescentes del Estado de Yucatán. Decreto Número 712 publicado el 7 de diciembre de 2006. En vigor desde el 15 de junio de 2007.

u) Zacatecas.

Ley de Justicia para Adolescentes en el Estado de Zacatecas. Decreto No. 311, Publicado en el Periódico Oficial del Estado, TOMO CXVI Número 78, 30 de Septiembre del 2006.

v) Distrito Federal.

Por su trascendencia, hemos dejado al final lo que sucede en el Distrito Federal. Como se ha comentado, se encuentra aún vigente la LEY PARA EL TRATAMIENTO DE MENORES INFRACTORES, PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA FEDERAL de 1991; la cual, según el artículo 1, se encarga de la atención de los menores de entre 11 y 18 años, cuya conducta se encuentra tipificada en las leyes penales federales y del Distrito Federal, teniendo aplicación en el Distrito Federal en materia común, y en toda la República en materia federal.

A la luz de este ordenamiento, la principal autoridad encargada de los menores infractores es el Consejo de Menores, órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Gobernación; competente para conocer de la conducta de las personas mayores de 11 y menores de 18 años de edad, tipificada por las leyes penales. En el ejercicio de sus funciones el Consejo instruirá el procedimiento, resolverá sobre la situación jurídica de los menores y ordenará y evaluará las medidas de orientación, protección y tratamiento que juzgue necesarias para su adaptación social.

En el contexto en que fue promulgada la reseñada ley de 1991, resulta de inicio entendible el hecho de que el Consejo de Menores, como autoridad administrativa de carácter federal, tuviese competencia para conocer de los actos u omisiones tipificados de carácter local cometidos por menores en el Distrito Federal; ello, dado que la reforma constitucional por la cual se modificó la estructura política del Distrito Federal, para avanzar en su autonomía gubernativa, no se llevó a cabo sino hasta 1993.

En los últimos años, se consideró necesaria la creación de nuevos órganos de carácter local, que se encargasen del tratamiento a los menores infractores. No es sino hasta 2007, cuando siguiendo el mandato constitucional de la reforma del 2005, se expide la Ley de Justicia para Adolescentes para el Distrito Federal (publicada el 14 de noviembre de 2007), con la cual, la situación jurídica de los menores infractores en el Distrito Federal ha de modificarse, cuando el ordenamiento entre en vigor, según el Transitorio Segundo de la Ley, a partir del día 6 de octubre del 2008.

En cuanto a la competencia, la nueva situación será la siguiente:

a) El Consejo de Menores, dejará de tener competencia para los casos de actos u omisiones tipificadas por la ley local del Distrito Federal. Ahora, su

competencia se reducirá a atender los casos de hechos típicos de carácter federal, cometidos por menores de 11 a 18 años.

b) Las nuevas autoridades especializadas de carácter local, prevista su creación en la ley de 2007, tendrán competencia sobre los actos u omisiones típicos penales según la legislación del Distrito Federal, cometidos por menores entre 12 y 18 años de edad. Por debajo de los 12 años, se eximen por completo de responsabilidad.

c) Según el Transitorio Sexto de la Ley de Justicia para Adolescentes para el Distrito Federal publicada el 14 de noviembre de 2007; los adolescentes (menores de 12 a 18 años) sujetos a procedimiento o que se encuentren cumpliendo una medida de conformidad con la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal (de 1991), es decir, bajo la competencia del Consejo de Menores; a partir de la entrada en vigor de la nueva Ley en materia local, continuarán cumpliendo las medidas o sustanciando el procedimiento de acuerdo con la Ley de 1991, pero estarán a disposición de las Autoridades del Gobierno del Distrito Federal que conformen el Sistema Integral de Justicia para Adolescentes; salvo que decidan sujetarse a la Ley de 2007 cuando les beneficie.

d) Según el transitorio Séptimo de la Ley de Justicia para Adolescentes para el Distrito Federal de 2007; las Autoridades Locales del Gobierno del Distrito Federal celebrarán los convenios necesarios a efecto de que aquellos adolescentes que se encuentren cumpliendo al momento de la entrada en vigor una medida de internamiento por conductas tipificadas como delitos del fuero común, sean trasladados a los nuevos Centros de Internamiento, conjuntamente con los procedimientos celebrados en su contra para su radicación en los juzgados de Justicia para Adolescentes que se crearán.

Las nuevas autoridades que tendrán competencia en la procuración y administración de justicia en el Distrito Federal según la ley del 2007, serán (artículo 12):

I. Dependientes del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal:

- a. Jueces Especializados en Justicia para adolescentes;
- b. Magistrados Especializados en Justicia para adolescentes;

II. Dependientes de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal:

- a. Ministerio Público Especializado en Justicia para Adolescentes, quien actúa con el auxilio de los agentes de policía;

III. Dependientes de la Consejería Jurídica y de Servicios Legales del Distrito Federal:

- a. Defensores de Oficio especializados en Justicia para Adolescentes;

- IV. Dependientes de la Secretaría de Gobierno:
- a. Autoridad ejecutora; y
 - b. Centros de Internamiento y de Tratamiento.

Como puede verse, a diferencia del Consejo de Menores, que se trata de una autoridad administrativa; las nuevas autoridades especializadas en la justicia de adolescentes serán de dos tipos: judiciales, encargadas de la impartición integral del sistema de justicia; y administrativas, tanto para la procuración, como para la organización del sistema de defensa y las instituciones encargadas de aplicar las medidas de tratamiento a los menores.

Con ello, el nuevo sistema de justicia se acerca a los procedimientos seguidos en el caso de los adultos; lo cual, si bien resultará en un aumento de garantías procesales para los adolescentes sujetos al mismo, es de esperar que levante opiniones adversas, en el sentido de que los menores serán sometidos a un auténtico proceso penal, distinto del sistema garantista-tutelar que se pretendía con la Ley de 1991.

Así, el procedimiento previsto en la nueva Ley de 2007, no sólo se asemeja, sino que puede considerarse igual al proceso de adultos; las etapas reciben los mismos nombres (averiguación previa, sentencia, etc.); se incluyen figuras jurídicas propias del derecho penal de adultos (libertad provisional, Delitos graves); y peor aún, las autoridades son las mismas que las encargadas de los asuntos de adultos, jueces y ministerios públicos que se mencionan como *especializados*; pero que han de formar parte del Tribunal y de la Procuraduría encargada de perseguir delitos cometidos por mayores.

Estos aspectos, van en contra de un modelo de garantías y educativo para menores infractores; y a nuestro juicio, constituyen en un retroceso en el obligado camino de *sacar* al menor del Derecho Penal.

III.- CONSIDERACIONES FINALES

Tras estudiar las legislaciones de menores y analizar los comentarios hechos desde la promulgación de la misma por diversos autores, podemos concretar una opinión objetiva con relación a la situación del Derecho de los menores infractores en España, complementando con lo que sucede en México.

En el caso de España, vemos una legislación que tras haber mantenido un sistema con visos tutelares durante todo el siglo XX, opta en el 2000 por una legislación que pretende ser garantista; aunque con severas contradicciones, pues

funda un régimen de responsabilidad punitiva para los menores similar al que opera en materia de adultos. No obstante ello, funciona, en principio, como una legislación que sigue pugnando por la protección al interés superior del menor

Este criterio, se abandona finalmente en el 2006; cuando la reforma que hemos comentado parece poner en segundo plano este interés del menor, frente a la necesidad de demostrar a la opinión pública que el Estado no solapa las conductas delictivas, aún cuando se trate de menores, y que la reacción punitiva es severa, aunque no eficaz. No sólo se trata ya de un régimen cuasi-penal para exigir la responsabilidad de los menores infractores; se vislumbra, en términos jakobsianos, un *Derecho penal del enemigo* en materia de menores, dentro del cual, la libertad y los derechos del menor pueden restringirse en aras de garantizar el cumplimiento de la norma.

Por otro lado, en el caso de México se vislumbra, cuando menos en la letra de la norma, un proceso diverso. Tras muchos intentos, la reforma constitucional de 2005 parece dar cabida a la creación de un sistema de justicia para menores respetuoso de las garantías y principios consagrados en los instrumentos internacionales; un sistema para menores tradicionalmente autoritario y con severas deficiencias, parece evolucionar positivamente hacia un esquema que ponga como punto de partida el interés superior del menor.

En ambos casos, vemos críticamente como los legisladores suelen carecer de la suficiente preparación que les permita plasmar en las leyes las mejores soluciones a los problemas, y no sólo las que levantan más griterío, aún siendo ineficaces. Muchas veces, no se entiende que el derecho de menores, como sistema de normas de conducta para quienes no han alcanzado la mayoría de edad, debe tener como objetivo prioritario contribuir a su educación y protección para que se logre el desarrollo integral de su personalidad; no se trata de que los menores queden fuera del derecho cuando realizan actos antijurídicos, sino por el contrario, el derecho de menores infractores sujeta al menor al cumplimiento de su propia ley, que más que el castigo, busca la resocialización del menor.

Al margen de estas disgresiones, insisto en que la tendencia mayoritaria, cuando menos entre quienes tienen conocimiento de la materia de los menores infractores, es seguir el modelo sostenido por los instrumentos internacionales, en torno a varios principios básicos: a) el menor debe ser completamente inimputable, en el sentido de que no puede exigírsele una responsabilidad penal, por atenuada que ésta sea; b) por ende, debe permanecer ajeno totalmente al sistema penal de los adultos, existiendo un derecho para menores infractores; c) el menor, si bien regido por su propio derecho, debe gozar de las garantías y derechos que las leyes otorgan para todos los habitantes del país.

Por ello, en el caso mexicano, pueden verse como un adelanto en la materia las reformas constitucionales al texto del artículo 18 constitucional, de fecha 12 de

diciembre de 2005. Con esta reforma, se buscó elevar al rango constitucional algunos de los principios más importantes en materia de derecho de menores infractores, siguiendo el modelo garantista que hemos continuamente referido, cuyo sustento es la Convención de los derechos del niño y demás instrumentos internacionales. Si bien, la reforma constitucional constituye un avance en la consolidación del derecho de menores infractores, siguiendo el camino iniciado con la ratificación de la Convención y la creación de la Ley vigente actualmente en el orden federal, aún queda un largo camino por recorrer para que las nuevas legislaciones locales emitidas en los últimos años puedan tener vigencia fáctica, logrando que los principios en favor del menor pasen de ser mera letra en la ley, a estar vigentes en la práctica.

Nuestra convicción, es que el derecho positivo de menores infractores, debe reformar sus postulados, cuando limiten la intervención pública al tratamiento del menor que ya ha delinquido, sujetándolo a medidas que muchas veces únicamente ocasionan la criminalización del niño, al ser meramente penalizado. Su campo de acción, debe orientarse más hacia el fomento de políticas públicas, que permitan a los menores infractores, y a quienes se encuentren en estado o situación de riesgo, tener acceso a múltiples oportunidades, en particular educativas, por las cuales se atiendan sus diversas necesidades y sirvan de marco de apoyo para velar por el desarrollo integral de todos los menores.

Considerando que el menor delinque siempre por influencia del medio en el que se desenvuelve, ya sea la familia, la escuela o el espacio social en su conjunto, debe atenderse primariamente la prevención de la delincuencia. Si bien ese es a su vez un reclamo permanente en el ámbito del derecho penal de adultos, cuya mera enunciación no significa nada; es prioritario apuntar que el menor, por su estado de crecimiento personal, no puede ni debe ser visto como “extraviado”, “delincuente” o “predelincente”; únicamente, su comportamiento imitativo tiende a reproducir conductas persistentes en su ámbito de desarrollo. Por tanto, si no hay delincuentes a quienes seguir, el menor no incurrirá en conductas infractoras; el derecho de menores infractores hacia ese renglón, brindar opciones al menor que contrarresten las influencias en su ánimo hacia conductas antisociales; ya sea reintegrándolo a su familia, o colocándolo en una propicia cuando la suya no sea el mejor lugar para él; donde sea tratado con cariño y respeto, y se le inculquen los valores y hábitos necesarios que le alejen del camino delictivo.

Por lo que hace a las reformas de 2006 a la legislación española; éstas, insistimos, obedecen sólo a la alarma social generada por el incremento de la delincuencia juvenil, ante la cual, el legislador plantea reformas en el sentido menos adecuado: elevando la severidad, y por ende, el carácter punitivo de las medidas aplicables a menores infractores.

No auguramos éxito a las reformas planteadas por la nueva legislación española, por su carácter punitivo o correccional antes que rehabilitador. La mera reacción punitiva, no importando su fuerza, siempre ha sido ineficaz como arma principal de combate al delito. Si insistimos en ello, es porque en gran medida es fundamento de nuestra tesis, la postura de que ante el fenómeno del menor infractor, el castigo es la respuesta menos idónea, pues sólo contribuye a incitar su estado de antisocialidad, y en el peor de los casos a confirmarlo en su estado de delincuente.

Aumentar el rigor de las medidas y del procedimiento en sí mismo, lejos de contribuir a disminuir los índices de infracciones minoriles, al atender sólo el aspecto punitivo y correccional regresa auténticamente al menor al derecho penal, contribuyendo a su criminalización, y a la consolidación definitiva de los delincuentes juveniles como un grupo de estigmatizados, a los que en lugar de rehabilitar, reeducar, resocializar o como se prefiera; hay que vigilar y castigar.

En contraposición a la nueva legislación española; vemos más positiva la solución ofrecida por las reformas constitucionales mexicanas, que van pugnando por la existencia de un sistema integral para menores; cuyas medidas, si bien sean proporcionales a la conducta realizada, tengan como fin la reintegración social y familiar del niño y del adolescente, así como el pleno desarrollo de su persona y capacidades; para lo cual, el internamiento se utilizará solo como medida extrema y por el tiempo más breve que proceda.

CAPÍTULO III

DERECHO COMPARADO

I.- LEGISLACIÓN LATINOAMERICANA EN MATERIA DE MENORES INFRACTORES

A principios del siglo pasado surge la preocupación por la infancia en los países de la región latinoamericana. Esto es el resultado, por un lado, de la internacionalización de las ideas que se inician en el siglo XX, primeramente con la escuela positiva y luego con la escuela de la defensa social; y por otro lado, es resultado de la imitación de las preocupaciones europeas y de los Estados Unidos de América por la infancia, lo cual se vio reflejado en los Congresos internacionales efectuados para analizar el tema.

La primera legislación específica de la materia fue la de Argentina, promulgada en 1919. En décadas posteriores se promulgaron ordenamientos en la mayoría de los países de la región: Colombia en 1920, Brasil en 1921, Uruguay en 1934 y Venezuela en 1939. Durante este período y hasta los años 60s, podemos afirmar que el derecho de menores se desarrolló intensamente, fundamentado en las doctrinas positivistas-antropológicas.

En la década de los sesenta, con excepción de Panamá que promulgó su primer ley específica en 1951 y República Dominicana en 1954, se presenta un nuevo auge del derecho penal de menores en el ámbito legislativo, con la promulgación y la reforma de leyes especiales; por ejemplo, en los siguientes países: Perú en 1962, Costa Rica en 1963, Chile en 1967, Colombia en 1968, Guatemala en 1969 y Honduras también en 1969. En la década de los 70s, se promulgan las siguientes legislaciones: México en 1973, Nicaragua en 1973, El Salvador en 1973, Bolivia en 1975, Venezuela en 1975, Ecuador en 1975 y Cuba en 1979.

Postulado básico de estas legislaciones, como ya vimos, fue “sacar” al menor delincuente del derecho penal común, alterando con ello todo el sistema de garantías reconocido generalmente para adultos. Convirtieron el derecho penal de menores en un derecho penal de autor, sustituyendo el principio fundamental de culpabilidad, por el de peligrosidad. Esto llevó a establecer reglas especiales en el derecho penal de menores, tanto en el ámbito sustantivo como formal, como por

ejemplo, la conducta predelictiva, la situación irregular y la sentencia indeterminada. Principios que aún hoy se encuentran vigentes en varias legislaciones latinoamericanas, a pesar de que niegan derechos humanos a los menores infractores, como la presunción de inocencia, el principio de culpabilidad, el derecho de defensa, etc.

Un hito en el desarrollo histórico del derecho de menores lo marcó la promulgación de la Convención General de los Derechos del Niño en 1989. Luego de la entrada en vigencia de esta Convención, se inició en los años 90s un proceso de reforma y ajuste legislativo en varios países de la región, específicamente en Colombia, Brasil, Ecuador, Bolivia, Perú, México y Costa Rica.

A. Centroamérica

Un detallado panorama de la situación del menor infractor en Centroamérica, especialmente en Nicaragua, la da el penalista y criminólogo Sergio J. CUAREZMA TERÁN, de la Universidad Politécnica de Nicaragua (UPOLI), en su trabajo “La Justicia penal del adolescente en Centroamérica.”²⁹⁰

Como hemos señalado, con la aprobación el 20 de noviembre de 1989 por la ONU de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, se extendió la protección de los derechos humanos a uno de los grupos más vulnerables de la sociedad. Nicaragua suscribió y ratificó en 1990 dicha Convención, la cual fue incorporada al artículo 71 de la Constitución Política de la República en 1995, en los siguientes términos: “La niñez goza de protección especial y de todos los derechos que su condición requiere, por lo cual tiene plena vigencia la Convención de los Derechos del Niño y la Nina”.

La ratificación de dicha Convención por parte de los países centroamericanos ha estimulado intensas transformaciones legislativas nacionales. CUAREZMA TERÁN plasma este proceso en el siguiente cuadro:

ESTADO ACTUAL DE LA LEGISLACIÓN PENAL JUVENIL EN CENTROAMÉRICA

País	Fecha de aprobación	Marco legal
Costa Rica	Marzo 1996	Ley de Justicia Penal Juvenil
El Salvador	Junio 1994	Ley del Menor Infractor
Guatemala	Septiembre 1996	Código de la Niñez y la

²⁹⁰ CUAREZMA TERÁN, Sergio. “La Justicia penal del adolescente en Centroamérica”. En **Anuario de Justicia de Menores**. Ed. Astigi, España, 2001, No. I, pp. 443-457.

Honduras	Mayo 1996	Juventud Código de la Niñez y de la Adolescencia
Nicaragua	Mayo 1996	Código de la Niñez y la Adolescencia
Panamá	Agosto 1999	Régimen Especial de Responsabilidad Penal para la Adolescencia

Resume el investigador, que en algunos países la reforma se ha llevado a cabo dentro de “Códigos integrales” (Guatemala, Honduras y Nicaragua), y en otros en “Leyes concretas” (Costa Rica, El Salvador y Panamá). La forma de organización y funcionamiento de estos sistemas de responsabilidad penal juvenil suele ser similar, aunque difiere en ciertos puntos importantes.²⁹¹

²⁹¹ a) El Código de Guatemala, el cual establece que están sujetas a esta ley todas las personas que tengan una edad comprendida entre doce y menos de dieciocho años al momento de cometer una acción en conflicto con la ley penal o leyes especiales (art. 160);

b) El Código de Honduras (muy similar al de El Salvador); expresa que los niños no se encuentran sujetos a la jurisdicción penal ordinaria o común, y que sólo podrá “deducírseles la responsabilidad” prevista en el Código por las acciones u omisiones ilícitas que realicen. Los sujetos a dicho mandato legal son los niños mayores de doce años de edad que cometan una infracción o falta. Los menores de doce años no delinquen (art. 180).

c) En el caso de Nicaragua, la Justicia Penal Especial del Adolescente se aplica a los adolescentes que tuvieren 13 años cumplidos y que sean menores de 18 años al momento de la comisión de un hecho tipificado como delito o falta en el Código Penal o en leyes penales especiales. Para la aplicación de medidas no privativas o privativas de libertad, el Código clasifica la responsabilidad por edades, de la siguiente forma: los adolescentes que tuvieren entre quince años y dieciocho años de edad, a quienes se les comprobare responsabilidad como autores o partícipes de una infracción, se les aplicaran las medidas establecidas, incluyendo la de privación de libertad. A los adolescentes cuyas edades se encontraren comprendidas entre los trece y quince años, a quienes se les atribuyere la comisión de un delito o falta, el Juez podrá aplicarles cualquiera de las medidas de protección especial establecidas en el Libro Segundo del Código o de las medidas contempladas en el Libro III, exceptuando la aplicación de cualquier medida que implique privación de libertad (art. 95).

Según la normatividad nicaragüense, los niños que no hubieren cumplido los trece años de edad no estarán sujetos a la Justicia Penal Especial del Adolescente: están exentos de responsabilidad penal, quedando a salvo la responsabilidad civil, la cual será ejercida ante los tribunales jurisdiccionales competentes. Sin embargo, el Juez referirá el caso al órgano administrativo correspondiente, con el fin de que se le brinde protección integral, con la obligación de velar y proteger en todo caso para que se respeten los derechos, libertades y garantías de los mismos.

Además, se prohíbe aplicarles, por ningún motivo, cualquier medida que implique privación de libertad (art. 95).

d) En Costa Rica, de conformidad con la Ley de Justicia Penal Juvenil, son sujetos de ella todas las personas que tengan una edad comprendida entre doce años y menos de dieciocho años al momento de la comisión de un hecho tipificado como delito o contravención en el Código Penal o en leyes especiales (art. 1).

e) En El Salvador, se consideran sujetos de la Ley del Menor Infractor, las personas mayores de doce años de edad y menores de dieciocho (art. 2).

El trato que se da a los menores en las diversas legislaciones centroamericanas en función de su edad, se expresa en el siguiente cuadro:

PERSONAS SUJETAS AL ÁMBITO DE LAS LEYES PENALES JUVENILES DE CENTROAMÉRICA

País	Limite de Responsabilidad	Ámbito de aplicación	División por edades
Costa Rica	12 años	De 12 a menos de 18 años	De 12 a 15 años y de 15 a 18 años de edad
El Salvador	12 años	De 12 a menos de 18 años	De 12 a 16 años y de 16 a 18 años de edad
Guatemala	12 años	De 12 a menos de 18 años	De 12 a 15 años y de 15 a 18 años de edad
Honduras	12 años	De 12 a menos de 18 años	
Nicaragua	13 años	De 13 a menos de 18 años	De 13 a 15 años y de 15 a 18 años de edad
Panamá	14 años	De 14 a menos de 18 años	

Detalla CUAREZMA TERÁN el carácter particularmente procesal de la nueva legislación de menores. Las líneas generales tienden a un molde acusatorio y al respeto de las garantías nacionales e internacionales reconocidas para el juzgamiento de toda persona adulta. Este modelo, describe, se basa en el cumplimiento del “debido proceso”, que reconoce y respeta los principios de inocencia, culpabilidad, legalidad, inviolabilidad de la defensa e imparcialidad de los jueces.

El Ministerio Público tiene una participación activa y le corresponde, en coordinación con la Policía, la investigación de los delitos y el ejercicio de la acción penal.

Otra característica común de esta legislación centroamericana, señala, la constituye la idea de “desjudicialización o de intervención mínima”, que garantiza a

f) En Panamá, el Régimen Especial de Responsabilidad Penal para la Adolescencia incluye a todas las personas que hayan cumplido catorce y no hayan cumplido dieciocho años de edad al momento de cometer el delito (art. 7).

las partes la oportunidad de participar activamente en la solución del problema a través de instituciones como la conciliación, la suspensión del proceso a prueba, la remisión y la aplicación de criterios de oportunidad reglada.

Respecto a la concepción de las medidas, enumera, se basa en sanciones “no privativas de libertad”; encontrando las de privación de libertad con carácter excepcional.

En el caso de Nicaragua, ejemplifica, el Código de la Niñez y la Adolescencia de Nicaragua expresa que “La medida de privación de libertad es de carácter excepcional” (art. 206), como “última medida” (art. 202), y que el Juez deberá considerar “el sustituir esta medida por una menos drástica cuando sea conveniente” (art. 206). Todas las leyes exigen límites para la utilización de la privación de libertad, no solo el cumplimiento del objetivo de protección del proceso sino también de todos los requisitos establecidos legalmente para su procedencia.

Es interesante observar, que el límite máximo de la duración de la medida de privación de libertad puede ir desde los cinco años en Panamá, hasta los quince en Costa Rica.²⁹²

1. Nicaragua

Especial estudio hace CUAREZMA TERÁN de la situación que priva actualmente en Nicaragua.²⁹³ Según señala, la aprobación de la Convención generó una ambigüedad jurídica que obligó a crear un nuevo orden jurídico: el Código de la Niñez y la Adolescencia. El Código unificó la mayoría de edad a los 18 años, tanto para varones como para mujeres, e instituyó el principio de interés superior y protección integral, que establece que las medidas concernientes a las niñas y niños (hasta los 12 años) y adolescentes (hasta los 18 años), que tomen las instituciones públicas y privadas, los tribunales (civiles o penales), las autoridades administrativas y los órganos legislativos, deben considerar su desarrollo integral y su bienestar, y eliminó el fundamento de la ideología tutelar,

²⁹² LIMITE MÁXIMO DE DURACIÓN DE LA MEDIDA DE PRIVACIÓN DE LIBERTAD EN CENTROAMÉRICA

País	Máximo de la sanción
Costa Rica	15 años
El Salvador	7 años
Guatemala	5 años
Honduras	8 años
Nicaragua	6 años
Panamá	5 años

²⁹³ Cfr. CUAREZMA TERÁN, Sergio. op. cit., pp. 447-457.

separar las niñas o niños de su familia por pobreza: “En ningún caso la falta de recursos materiales de las madres, padres, o tutores, será causa para declarar la suspensión o pérdida de las relaciones parentales o de tutela” (art. 22).

Según refiere el penalista centroamericano, el nuevo Código de la Niñez y la Adolescencia está configurado por un Título Preliminar y tres libros.

CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA

Titulo Preliminar	Fundamentos y principios del Código	Arts. 1 al 11
Libro Primero	Derechos, libertades, garantías y deberes	Arts. 12 al 55
Libro Segundo	De la política y el consejo nacional de atención integral a la niñez y adolescencia	Arts. 56 al 94
Libro Tercero	Sistema de justicia penal especializada	Arts. 95 al 234

El Título Preliminar se encarga de regular la protección integral que la familia, la sociedad, el Estado y las instituciones privadas deben brindar a las niñas, niños y adolescentes. Considera como niñas y niños a los que no hubiesen cumplido los 13 años de edad, y adolescentes a los que se encuentren entre los 13 y los 18 años de edad, no cumplidos. También reconoce que éstos son sujetos sociales y de derecho y que, por tanto, tienen derecho a participar activamente en todas las esferas de la vida social y jurídica, sin más limitaciones que las establecidas por las leyes; que nacen y crecen libres e iguales en dignidad.

Prohíbe cualquier forma de discriminación, explotación, traslado ilícito dentro o fuera del país, violencia, abuso o maltrato físico, psíquico y sexual, tratamiento inhumano, aterrador, humillante, opresivo, trato cruel, atentado o negligencia, por acción u omisión, a sus derechos y libertades.

Asimismo, establece que la familia es el núcleo natural y fundamental para el crecimiento, desarrollo y bienestar integral de las niñas, niños y adolescentes. Por tanto, la familia debe asumir plenamente sus responsabilidades, su cuidado, educación, rehabilitación, protección y desarrollo. Es deber de la familia, la comunidad, la escuela, el Estado y la sociedad en general asegurar, con absoluta prioridad, el cumplimiento de los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes referentes a la vida y a la convivencia familiar, y comunicarles identidad, nacionalidad, salud, alimentación, vivienda, educación, medio ambiente, deporte, recreación, profesionalización, cultura, dignidad, respeto y libertad.

Esta garantía de absoluta prioridad la comprende el Título en la primacía en recibir protección y socorro en cualquier circunstancia, prioridad en la atención de los servicios públicos y privados, especial preferencia en la formulación y ejecución de las políticas públicas encaminadas a crear las condiciones de vida que garanticen el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asignación privilegiada de recursos públicos en las áreas relacionadas con la protección y promoción de la Niñez y la adolescencia.

Respecto a los niños y adolescentes que pertenezcan a comunidades indígenas, grupos sociales étnicos, religiosos o lingüísticos, o de origen indígena, señala el criminólogo que el Título Preliminar les reconoce, en armonía con los principios de la Constitución nicaragüense (en especial lo dispuesto en el artículo 5º) el derecho de vivir y desarrollarse bajo las formas de organización social que corresponde a sus tradiciones históricas y culturales. En este sentido, el Estado asumió el compromiso de garantizar a las niñas, niños y adolescentes que pertenezcan a tales comunidades indígenas o grupos sociales los derechos que les corresponden en común con los demás miembros de su grupo (a tener su propia vida cultural y educativa, a profesar y practicar su propia religión y costumbres, y a emplear su propio idioma, entre otros derechos y garantías).

En el Libro Primero de la legislación que se comenta, se recogen derechos fundamentales de los menores.²⁹⁴ Agrega el penalista que entre los ejes que

²⁹⁴ a) Se establece el derecho intrínseco a la vida desde su concepción, pero, a la vez, a la protección del Estado a través de políticas que permitan su nacimiento, supervivencia y desarrollo integral y armonioso, en condiciones de existencia digna.

b) El derecho a la libertad, a la seguridad, al respeto y a la dignidad como personas, en proceso de desarrollo y con características particulares como sujetos de los derechos establecidos en la Constitución Política; a la nacionalidad, a tener un nombre propio, a conocer a su madre y padre y a ser cuidados por ellos; a su intimidad y a estar protegidos de abusos e injerencias en su vida privada y la de su familia, o en su domicilio, pertenencias, propiedades o correspondencia (salvo en los casos establecidos en la Ley), y de ataques a su honra o reputación.

c) El derecho a la libertad individual; de pensamiento, conciencia, opinión y expresión; de creencia y culto religioso; de recreación, cultura, arte y prácticas de deporte; de participación en la vida familiar, vida escolar y en la comunidad, sin discriminación alguna; de participación en la vida social y política de la Nación en la forma que la ley establezca; a buscar refugio, auxilio y orientación en cualquier circunstancia de necesidad o peligro, y a participar en reuniones y asociaciones, según su edad e interés.

d) Se expresa que la niña, niño y adolescente tienen derecho a expresar libremente su pensamiento en público o en privado, individual o colectivamente, en forma oral o escrita o por cualquier otro medio; derecho que incluye la libertad de expresar, manifestar y ser escuchado en sus opiniones, ideas, necesidades y sentimientos sobre los diversos aspectos y situaciones de su vida personal, familiar, escolar y social, además de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas que promuevan su desarrollo integral.

e) El derecho a ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte a sus derechos, libertades y garantías, ya sea personalmente, ya sea por medio de un representante legal o de la autoridad competente, en consonancia con las normas de procedimiento

cruzan el Código de la Niñez y la Adolescencia de Nicaragua, se encuentra precisamente un modelo de convivencia fundado en la familia y en el papel que juega ésta dentro de lo que es la protección integral de la Niñez y la adolescencia. En este sentido, se reconoce entre otras cosas, el derecho a su familia, por lo que no deberá ser separado de su madre y padre, salvo cuando la convivencia con uno o ambos represente un peligro para la vida, integridad física y desarrollo integral del niño o de la niña; y la separación de su familia deberá ser ordenada mediante resolución judicial motivada, bajo pena de nulidad, en procedimiento contencioso. Y en ningún caso la falta de recursos materiales de los padres o tutores será causa para declarar la suspensión o pérdida de las relaciones parentales o de tutela.

Continuando con la descripción del ordenamiento, el Libro Segundo establece la protección especial dirigida a los niños, niñas y adolescentes que se encuentran en situación de riesgo, amenaza o de violación de los derechos establecidos en el Libro I y que son reconocidos por la Convención Internacional de los Derechos del Niño.

Apunta el autor en comentario, que el Código de la Niñez y la Adolescencia de Nicaragua abandona el concepto de niños abandonados objetos de intervención por parte del Estado, y se diseña una “atención integral” para toda la niñez del país, compartida por el Estado, la sociedad y la familia, incluyendo todos aquellos esfuerzos dirigidos a garantizar que las niñas y niños gocen del más alto nivel de atención y servicio. Estas políticas de protección especial, están dirigidas a los niños, niñas y adolescentes cuando sufran abusos o negligencias, carezcan de familia, se encuentren refugiados en otros países, sean víctimas de conflictos armados, se encuentren en centros de protección o de abrigo; cuando trabajen y sean explotados sexualmente y/o económicamente, cuando sean adictos a sustancias tóxicas o psicotrópicas; cuando se encuentren en total desamparo, deambulen por las calles o sufran algún tipo de lesión, cuando las adolescentes se encuentren embarazadas o estén en cualquier situación que restrinja sus derechos.²⁹⁵

De igual manera, en materia de protección especial, se establece un conjunto de medidas preventivas y restrictivas, dirigidas principalmente a la familia, los establecimientos, medios de comunicación, empleadores, y a otras instancias vinculadas con la niñez, referidas a prohibiciones para regular el acceso de niñas, niños y adolescentes a determinados centros de suministro de bebidas alcohólicas, y sustancias tóxicas, entre otras.

correspondientes, según sea el caso y en función de su edad y madurez. La inobservancia de dicho derecho “causará nulidad” absoluta de todo lo actuado en ambos procedimientos.

²⁹⁵ IDEM.

Incurriendo en el análisis dogmático de la nueva legislación nicaragüense, distingue Sergio CUAREZMA TERÁN el giro que ha dado al apartarse de la doctrina de la situación irregular, según la cual los adolescentes no son considerados responsables de los delitos que cometen y, por el contrario, se trata de sustraerlos del Derecho penal. En esta situación, el adolescente es considerado un “objeto” de protección que no tiene capacidad de conocimiento de los actos que realiza, por lo que no se puede pensar, ni siquiera, en una responsabilidad atenuada con respecto a la responsabilidad de los adultos.²⁹⁶

Contraria a esta doctrina, la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (a la cual sigue el nuevo Código de la Niñez y la Adolescencia) determina que es necesaria la atribución de una responsabilidad penal atenuada, en el caso de los adolescentes que cometen un delito. Esta atenuación de la responsabilidad obedece a la condición especial de los sujetos a quienes se les aplica, los cuales son adolescentes, y se trata de una diferencia de grado que se manifiesta, citando a Alessandro BARATTA, “en el establecimiento de sanciones diferentes”; es decir, “sanciones específicas con finalidades específicas por su calidad de ser aplicadas a menores de edad”.

De tal suerte, continúa CUAREZMA TERÁN, que aunque su finalidad sea la de reeducar, dichas sanciones comportan siempre una cierta restricción de derechos y son producto de la realización culpable de un acto tipificado como delito por la ley penal; pero aparte del fin represivo que conlleva la responsabilidad en el derecho penal común, en el derecho penal especial de adolescente la represión adquiere una finalidad particular, que es la de crearle una conciencia de responsabilidad de sus actos, y no sólo una visión de naturaleza asistencial, como la que promueve la doctrina de la situación irregular.²⁹⁷

Así, agrega, con la nueva concepción de la doctrina de la protección integral y la punitivo-garantista del Derecho penal especial de adolescentes, se ha tratado de corregir los errores provocados por la concepción tutelar. De esta manera, y a diferencia de la orientación tutelar, se establecen claramente principios básicos para la imposición de medidas. Se trata de principios contenidos en el Código de la Niñez y la Adolescencia, como los de legalidad, debido proceso, racionalidad y proporcionalidad, de determinación de las clases de medidas y de duración de las mismas. Estos principios fijan un marco de legalidad dentro del cual el Juez debe resolver los aspectos esenciales sobre la determinación y aplicación de las medidas. La nueva orientación punitivo-garantista reconoce que, aunque el adolescente es un ser en formación, la tutela o protección no puede negarle sus derechos y libertades fundamentales.²⁹⁸

²⁹⁶ IDEM.

²⁹⁷ IDEM.

²⁹⁸ IDEM.

Acorde con esta línea de pensamiento, el jurista centroamericano comenta el Libro Tercero del nuevo ordenamiento, por el cual se crea un “Sistema de Justicia Penal Especializada”, que plantea un nuevo modelo de justicia penal de adolescentes de “responsabilidad con garantías”.²⁹⁹

Las características del proceso son, entre otras: el sistema es acusatorio, el juicio oral y público, la conciliación con la víctima u ofendido por el delito se integra como parte en el proceso, con el objeto de equilibrar o disminuir las tensiones en el mismo. En general, se encuentran todas las garantías que integran el debido proceso.

Con relación a la defensa del menor, refiere el autor que el Código prevé un equilibrio entre defensa y Ministerio Público que busca garantizar la imparcialidad del juez. En lo que respecta al ejercicio de la defensa, se presupone la presencia del defensor “técnico” en todos los actos del proceso y, para aquellos en que el adolescente no cuente con suficientes medios económicos, se espera brindarla de forma gratuita.³⁰⁰ Además, en equilibrio con la parte acusadora, se reconocen al adolescente sus derechos fundamentales.³⁰¹

²⁹⁹ a) mayor acercamiento a la justicia penal de adultos, en lo que se refiere a derechos y garantías individuales;

b) refuerzo de la posición legal de los adolescentes con mayor responsabilidad;

c) una amplia gama de medidas como respuesta jurídica al delito, basadas en principios educativos y en la reducción de sanciones privativas de libertad.

³⁰⁰ IDEM.

³⁰¹ a) a ser tratado con el debido respeto a su dignidad, que incluye el derecho a que se proteja su integridad personal;

b) a ser informado del motivo de su detención y de la autoridad responsable de la misma;

c) el derecho a permanecer en silencio y a solicitar la presencia inmediata de su madre, padre, tutor y defensor, “so pena de nulidad” de todo lo actuado por la autoridad, funcionario o empleado que lo realizare, no produciendo efecto alguno en juicio o fuera de él;

d) a que se le presuma inocente hasta tanto no se le comprueben, mediante sentencia firme, los hechos que se le atribuyen;

e) a tener un proceso justo, oral, reservado, sin demora;

f) a recibir información clara y precisa del juez o tribunal sobre el significado de cada una de las actuaciones procesales que se desarrollen en su presencia, así como del contenido y las razones, incluso ético-sociales, de las decisiones, de tal forma que el procedimiento cumpla su función educativa, so pena de nulidad de lo actuado;

g) a que se procure un arreglo conciliatorio con la víctima u ofendido;

h) a que toda medida que se le imponga tenga como fin primordial su educación;

i) a que toda limitación, privación o restricción de sus derechos, libertades y garantías sea ordenada judicialmente;

j) a no ser ingresado a una institución sino mediante orden del Juez competente, como medida excepcional, y por el más breve tiempo posible;

k) a no ser perseguido y procesado más de una vez por el mismo hecho aunque se modifique su calificación legal;

l) a ser asistido gratuitamente por un intérprete cuando no comprenda o no hable el idioma empleado por el tribunal o las autoridades competentes.

En cuanto a las medidas, detalla CUAREZMA TERÁN que se establece un modelo de no privación de libertad y, como excepción, uno de privación de libertad. La finalidad de éstas debe ser primordialmente “educativa” y deben aplicarse con la intervención de la familia y el apoyo de los especialistas. Para la determinación de la medida aplicable, el Juez debe tener en cuenta la comprobación del acto delictivo y la participación del adolescente, la naturaleza del delito o falta cometido, la capacidad para cumplir la medida, la proporcionalidad e idoneidad de ésta, la edad y los esfuerzos que el adolescente ha realizado para reparar los daños.³⁰²

Las medidas de carácter no privativo de libertad están determinadas como medidas socioeducativas que incluyen orientación y apoyo socio-familiar, amonestación y advertencia, libertad asistida, prestación de servicios a la comunidad y reparación de los daños a la víctima.

Entre las medidas de orientación y supervisión, que podrán imponerse en órdenes de orientación y supervisión se encuentran: instalarse en un lugar de residencia determinado, cambiándose del original, abandonar el trato con determinadas personas, prohibir la visita a bares, discotecas o centros de diversión determinados, matricularse en un centro educativo formal, o en otro cuyo objetivo sea enseñarle alguna profesión u oficio, la inclusión en programas ocupacionales, abstenerse de ingerir bebidas alcohólicas, sustancias alucinógenas, enervantes, estupefacientes o tóxicas que produzcan adicción o hábito y el internamiento del adolescente o su tratamiento ambulatorio en programas de salud, públicos o privados, para desintoxicarlo o eliminar su adicción a las drogas antes mencionadas.³⁰³

Respecto a las medidas privativas de libertad, se sigue lo dispuesto en las Reglas de Beijing, en el sentido de que “el confinamiento de menores de edad en establecimientos penitenciarios se utilizará en todo momento como último recurso y por el más breve plazo posible”.

Para ello, refiere el investigador nicaragüense, el Código ha previsto tres clases de internamiento, que son: domiciliario, en tiempo libre y en centros especializados. En este sentido, la intención de la ley es que la aplicación de las medidas privativas de libertad debe ser la respuesta a comportamientos que lesionen o pongan en peligro, de forma grave, bienes jurídicos esenciales de la comunidad, según estipula el artículo 203 del código.³⁰⁴

³⁰² IDEM.

³⁰³ IDEM.

³⁰⁴ Artículo 203.

La privación de libertad será aplicada cuando:

a) Se cometa cualquiera de los siguientes delitos: asesinato atroz, asesinato, homicidio doloso, infanticidio, parricidio, lesiones graves, violación, abusos deshonestos, rapto, robo, tráfico de

Por otra parte, para la determinación y aplicación de las medidas, el juez debe tomar en cuenta que el contenido, el carácter y la finalidad de las medidas del sistema de justicia penal especializada difieren de las sanciones penales para los adultos. En este sentido, comenta el penalista, la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de Justicia Penal Juvenil de Costa Rica establece que el juez debe considerar no sólo la comprobación del hecho delictivo, sino, además, aspectos personales de la vida del adolescente, la idoneidad de la sanción y los esfuerzos del acusado para reparar los daños causados. Se trata de adecuar la sanción, atendiendo primordialmente a la finalidad educativa de la misma, de acuerdo a las condiciones especiales del adolescente, pero con la constatación de que ha sido él mismo el que ha cometido el delito del que se le acusa. Un análisis hecho a partir del adolescente, y no del adulto al adolescente.³⁰⁵

El autor considera importante destacar la limitación de la discrecionalidad en la duración de las medidas de que dispone el Juez Penal del Distrito del Adolescente: la duración máxima de las medidas privativas de libertad es de 6 años. La ley pretende, con ese límite punitivo, garantizar el efecto educativo que busca el Código. Sin embargo, agrega, ese límite máximo de 6 años se basa, principalmente, en evitar daños irreparables en el desarrollo de la personalidad del adolescente. Además, en considerar que, en algunos casos, los delitos cometidos por el adolescente son sólo una “experiencia accidental” en su evolución o desarrollo psicosocial. Es este un punto neurálgico en la nueva concepción en materia de menores: la significativa variedad de medidas que le son otorgadas al Juez por el Código. Ello, buscando que al reducir la intervención de la justicia penal mediante medidas no privativas de libertad, el interés superior del adolescente sea efectivo. Asimismo, que el adolescente no sea sustraído de la supervisión de su madre y su padre, quienes poseen el derecho y la responsabilidad compartida de su educación. Y que se realicen los objetivos del sistema de justicia penal especializada, que no requieren siempre de la institucionalización para su ejecución.³⁰⁶

De gran interés son los datos estadísticos que aporta CUAREZMA TERÁN. Según reseña, en la opinión pública nicaragüense, se ha venido creando la impresión de que la justicia especializada promueve la impunidad y contribuye al aumento de los delitos cometidos por adolescentes, percepción que considera injustificada. En el período de 1997 al 2000, se detuvieron en Nicaragua, por la supuesta comisión de delitos, 147,637 personas. De esta cantidad, 130,554 son

drogas, incendio y otros estragos, envenenamiento o adulteramiento de agua potable, bebidas, comestibles o sustancias medicinales.

b) Cuando se hayan incumplido, injustificadamente, las medidas socio-educativas o las órdenes de orientación y supervisión impuestas. En este último caso, la privación de libertad tendrá un máximo de tres meses.

³⁰⁵ ÍDEM.

³⁰⁶ ÍDEM.

adultos, representando el 88,44 %, y 17,073, adolescentes menores de 18 años de edad, el 11,56 %.³⁰⁷

ADULTOS Y ADOLESCENTES (MENORES DE 18 AÑOS DE EDAD) DETENIDOS POR LA SUPUESTA COMISIÓN DE DELITOS

Detenidos	1997	1998	1999	2000	TOTAL
Adultos	30.206 (85,06%)	33.830 (89,83%)	32.907 (88,00%)	33.621 (90,69%)	130.564 (88,44%)
Adolescentes	5.307 (14,94%)	3.828 (10,17%)	4.486 (12,00%)	3.452 (9,31%)	17.073 (11,56%)
Total por año	35.513 (100%)	37.658 (100%)	37.393 (100%)	37.073 (100%)	147.637

De igual manera, otro aspecto interesante que a juicio del investigador pone de manifiesto que la percepción arriba apuntada es injustificada, es el hecho de que, de la información estadística de la Policía Nacional, entre los años 1997 y 2000, de 145.580 delitos (contra las personas y la propiedad), 130.846 fueron cometidos por adultos (90%), y 14.734 fueron realizados por adolescentes menores de 18 años de edad (10%). Esto significa que el mayor porcentaje de comisiones de delitos, particularmente los más graves, son cometidos por personas adultas, y un porcentaje mínimo por adolescentes menores de 18 años de edad; lo cual viene a poner de manifiesto que la naturaleza de la legislación analizada no es un factor para que los beneficiarios de la misma cometan delito.³⁰⁸

TABLA COMPARATIVA DE DELITOS COMETIDOS POR ADULTOS Y ADOLESCENTES MENORES DE 18 AÑOS DE EDAD

Tipos de delitos	Cometidos por adultos	Cometidos por adolescentes	Total
Contra las personas	60.943 91.48%	5.676 8.52%	66.619 100%
Contra la propiedad	69.903 88.53%	9.058 11.47%	78.961 100%
Total	130.846 90.00%	14.734 10.00%	145.580

³⁰⁷ IDEM.

³⁰⁸ IDEM.

A manera de conclusión, expresa CUAREZMA TERÁN que la aprobación en los países de Centroamérica de la Convención y los procesos de reformas con adecuación a ella han permitido desarrollar una discusión seria sobre los derechos y responsabilidades de la niñez y la adolescencia, abordando, en consecuencia, la perspectiva de éstos como sujetos de derechos, tantos como sociales. No obstante, añade, en el istmo centroamericano ha nacido una “paradoja”, con respecto a la responsabilidad penal, puesta de manifiesto por un estudio realizado por Naciones Unidas para evaluar el estado de la región. Este estudio indica que, por un lado, las legislaciones apuntan hacia modelos garantistas, respetuosos de los derechos humanos y tolerantes; por otro lado, los sistemas de administración de justicia muestran todavía rezagos autoritarios y grandes carencias materiales. Esta paradoja entre lo que la ley señala y lo que la realidad muestra, se ve agravada por la falta de tradición jurídica en la mayoría de los países, lo que se convierte en un serio obstáculo para la implementación legislativa. Este informe expresa que, aunque la reforma legislativa no es suficiente, sí puede constituir un buen inicio para replantear y reconstruir la realidad social. Para esto, no solamente se requieren, como está claro, recursos económicos, sino, también, vigorosas políticas públicas sobre la niñez y la adolescencia y, sobre todo, una voluntad para no reducir los temas de niñez y adolescencia sólo a los relacionados con la infracción de la ley penal.³⁰⁹

Reconoce el autor que la aprobación e implementación de este tipo de legislación, incluyendo por supuesto el Código de la Niñez y la Adolescencia nicaragüense, es más bien un sendero estratégico, cuya viabilidad es perfectamente autorreforzable a medida que las principales propuestas que contempla sean puestas en práctica. Este tipo de legislación no puede o debe ser percibido sólo como un texto legal, más o menos sistemático, de derechos, libertades, garantías y responsabilidades, como una secuencia de transformaciones del orden jurídico interno, sino como un esfuerzo orgánico, integrado y continuo de cambios sociales, que ha de tener, como premisa y resultado, una transformación cultural de gran dimensión. Los problemas del derecho y la justicia en la región centroamericana y, en particular, en Nicaragua, no son solamente un problema derivado de la calidad, de la vigencia o no del ordenamiento jurídico o de las condiciones materiales del Estado, sino también producto de una cultura asumida por la propia sociedad. Por tanto, la aplicación legal debe abordarse, estratégicamente, también desde un punto de vista cultural basado en el comportamiento social.³¹⁰

Para el caso de Nicaragua, finaliza el autor, el país enfrenta un gran desafío, adecuar progresivamente su legislación interna con la Convención y, por tanto, transitar de una doctrina a otra; supone, en términos políticos, un gran empeño para la creación de un modelo nuevo de ciudadanía. Las violaciones de los

³⁰⁹ IDEM.

³¹⁰ IDEM.

derechos de la niñez y adolescencia, se producen, lamentablemente, a pesar de la existencia de algunas garantías en el ordenamiento jurídico. Ese comportamiento ilegal responde a una cultura en donde el Estado de Derecho no es un valor ni un punto de referencia fundamental. Por tanto, debe implantarse el Estado de Derecho como un valor social, para lo cual hay que incidir sobre mecanismos de reproducción social de los valores y sobre el proceso de interiorización de forma individual (educación y familia).³¹¹

2. Costa Rica

No fue sino hasta el año 1963 cuando se promulgó en este país una ley especial de menores, con regulaciones principalmente en el ámbito penal. Esta primera legislación se enmarca dentro de la corriente defensista de la sociedad. Fundamentando su aplicación en niños y jóvenes menores de 17 años que se encontraran en situaciones de peligro social, no establecía una edad mínima para la posible aplicación de las medidas tutelares. Se basaba en la culpabilidad del autor, ampliando la competencia del juez tutelar a situaciones no delictivas.

Solamente existía en San José un Juzgado Tutelar especializado en la materia, llamado inicialmente Tribunal. La ley no garantizaba la participación del defensor del acusado, y no se respetaba el principio de inocencia. Sin embargo, de positivo hay que mencionar que la medida tutelar de internamiento siempre se usó, y se sigue usando, como última alternativa.³¹²

Como consecuencia del movimiento de reforma internacional que promovió la Convención de los Derechos del Niño, Costa Rica promulgó el 8 de marzo de 1994, una reforma legislativa a la original Ley Orgánica de la Jurisdicción Tutelar de Menores. Entre los aspectos más destacables de nueva legislación se mencionan:

Limita la competencia del Juez a la resolución exclusiva de conflictos penales, delitos o contravenciones.

Establece una edad entre 12 y 18 para la aplicación de la nueva ley.

Reconoce el principio de inocencia, la no privación de su libertad y la no imposición de ninguna medida sin que se cumpla con el debido proceso legal.

Garantiza el derecho a la defensa, a la vida privada, a ser oído y a que la sanción que se aplique se imponga una vez comprobada la participación del

³¹¹ IDEM.

³¹² ISSA EL KHOURY, Jacob-Henry. "Algunas consideraciones sobre las medidas tutelares". **Revista Judicial**. San José, Costa Rica, 1980, septiembre, No. 17, pp. 59- 66.

menor en el hecho, y que la misma sea proporcional a la infracción o el delito cometido.

Garantiza al menor la no imposición de medidas indefinidas.

Garantiza la posibilidad de recurrir ante un superior en grado las resoluciones dictadas en contra del menor.

Pese a que en el caso de Costa Rica no se promulgó una nueva ley o Código de Menor en sentido estricto, sino más bien se hizo una reforma a la Ley Tutelar vigente desde 1963, si se observa en esta reforma una ruptura con las líneas fundamentales de la ley anterior.

La nueva ley costarricense fijó la edad de 12 años para la adquisición de la capacidad de la responsabilidad penal. Estableciendo que a los menores de esa edad no se podría atribuirles ninguna infracción penal.

La ley establece un capítulo de procedimientos que prevé la intervención de trabajadores sociales. Lo mismo que un capítulo para la aplicación de las medidas tutelares.

Las medidas que el juez puede imponer son las siguientes:

- a) Amonestación,
- b) Libertad Asistida,
- c) Depósito en Hogar Sustituto,
- d) Colocación en un trabajo u ocupación conveniente,
- e) Internación en un establecimiento reeducativo.

3. Guatemala

Son diversos los problemas que aquejan a la niñez y la juventud en este país centroamericano. Carmen Prisila PALENCIA GARCÍA y Edgar Estuardo MELCHOR SOLÓRZANO, de la Fiscalía General de Guatemala, describen un cruento panorama caracterizado, especialmente, por la pobreza generada por el conflicto armado interno vivido durante más de tres décadas; la falta de interés gubernamental en crear políticas a favor de la niñez y la juventud; y como consecuencia, la falta de programas de educación integral para la población.³¹³

³¹³ Cfr. PALENCIA GARCÍA, Carmen Prisila y MELCHOR SOLÓRZANO, Edgar Estuardo. "Situación jurídica de los menores en Guatemala". En **Anuario de Justicia de Menores**. Ed. Astigi, España, 2002, No. II, pp. 229-238.

En el año de 1996 se realizó el primer Congreso Nacional sobre los Derechos de la Niñez en Guatemala, en el cual se abordaron temas que reflejaban la realidad de la niñez y la juventud. Según refieren los autores en comento, se contó con la participación de diversos sectores de la sociedad civil y de organizaciones internacionales. Atendiendo a las principales conclusiones³¹⁴, y a los resolutivos del Congreso, se elaboró un Código que cumplía con los objetivos propuestos en documentos internacionales (la Convención sobre los Derechos del Niño), cuya entrada en vigencia fue postergada en varias oportunidades por razones políticas y sociales. Actualmente, según refiere la Fiscalía General, se está discutiendo un nuevo proyecto de ley en el Congreso de la República con el objeto de actualizar la normativa de menores conforme a las exigencias de protección a menores y jóvenes a nivel internacional.

Un breve recorrido por la historia de la legislación para la niñez y la juventud guatemaltecas, nos permite observar un desarrollo similar al de las naciones de la zona, divisible en las siguientes etapas:

A. La preponderancia inicial de un *modelo penal criminal* (abandonado en Guatemala a principios de 1900) que permitía que los menores de edad fueran juzgados bajo los mismos procedimientos que se utilizaban para los adultos.

B. A mediados del siglo pasado, el surgimiento del *modelo tutelar*, basado en la doctrina de situación irregular, que distingue el tratamiento de jóvenes y el de adultos mediante la creación de una normativa especial para los jóvenes.

De aquí surgen los juzgados e instituciones tutelares de menores, cuyos fines se encuentran dirigidos a lograr una orientación protectora y que tratan de responder al fenómeno de la niñez delincuente y de la que se encuentra en situación de riesgo social.

En Guatemala, según apuntan PALENCIA GARCÍA y MELCHOR SOLÓRZANO, la normativa en relación a la justicia de menores tiene sus orígenes en el Gobierno del General Jorge UBICO, quien emitió el Decreto gubernativo 2043 para la atención de los menores en conflicto con la ley penal, el cual marca el inicio de un

³¹⁴ a) Que el gobierno guatemalteco reconoció que la niñez y la juventud son la base de toda sociedad y el futuro del mañana, siendo el reflejo de lo que somos y seremos como familia, comunidades y sociedades.

b) Que el gobierno se hizo consciente de la gravedad de la situación interna e internacional del país y de como ésta afecta a la niñez, tanto de gobiernos actuales como posteriores.

c) Lograr colocar el tema de la infancia entre los principales puntos de las agendas políticas y sociales.

d) Analizar y establecer los mecanismos que se están empleando por la niñez y la adolescencia a través de las organizaciones gubernamentales y no gubernamentales.

largo camino legislativo en materia de protección y justicia de menores, confiándose su tramitación al Juzgado Sexto de Primera Instancia de la capital.³¹⁵

Durante largo tiempo, con base en tal decreto se ventilaron los procesos correspondientes a menores; dicho cuerpo legal cumplió las expectativas jurisdiccionales que fueron motivo de su creación; pero, con el transcurso del tiempo, no fueron suficientes para ofrecer a la niñez una protección integral de sus derechos.

En el año 1969 se emitió el Decreto 61-69 del Congreso de la República, el cual vino a derogar por completo al anterior, sirviendo como base legal para la creación del Tribunal para menores, que inició sus funciones en enero de 1970. Este tribunal tuvo jurisdicción a nivel nacional y tomaba todas las decisiones finales sobre los asuntos de menores, aunque los Jueces de Paz y de Instancia del interior podían acordar algunas medidas, como, por ejemplo, el depósito del menor a persona responsable o a los padres, al efecto de que no se apartara al menor del entorno familiar o de su comunidad; sin embargo, en ocasiones se disponía el envío del menor a lugares alejados de su comunidad. Posteriormente, al amparo de dicho cuerpo legal fueron creados el Consejo de Protección a los Menores, la Dirección General de Bienestar de Menores y la Familia, los Procuradores de Menores, la Magistratura de Menores y los Juzgados de Primera Instancia de Menores; la labor de estas instituciones es tener conocimiento de los casos de situación irregular de los menores de edad y dictar las medidas necesarias para la protección de los mismos. Esta normativa de menores en Guatemala no abarca la niñez y la juventud en general, sino sólo a los delincuentes juveniles y a quienes están en situación de riesgo, es decir, a quienes se encuentran en orfandad, abandono, violencia física y psicológica; a quienes se les ve como objetos de protección y no como sujetos de derecho. Sin embargo, esta protección se administra a los jóvenes por considerárseles un peligro social, efectivo o latente.³¹⁶

Los códigos de menores que han existido en Guatemala regidos por el modelo tutelar, han permitido reprimir los comportamientos determinados como delitos o faltas, así como las actitudes, formas de ser y de pensar calificados como antisociales o irregulares.

C. La implantación de la *doctrina de la protección integral*; consecuencia de la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño por el gobierno guatemalteco en 1990, obligándose a cumplirla y hacerla efectiva, tomando las medidas legislativas y administrativas necesarias para los efectos.

³¹⁵ IDEM.

³¹⁶ IDEM.

Con la ratificación de la Convención, ha sobrevenido una intensa labor de reforma legislativa, que oscila entre la preponderancia del nuevo modelo, y la vuelta a concepciones tutelares.

El actual Código de Menores promulgado en el año 1979 es instrumento jurídico fundamentado en la doctrina de situación irregular; establece normas para los menores en conflicto con la ley, así como para aquellos que están en situación de peligro o abandono, pero no hace una diferenciación y delimitación conceptual clara entre unos y otros, lo cual provoca que se margine al resto de niños, niñas y jóvenes.

Asimismo, señalan los funcionarios de la Fiscalía General, este Código no considera a las personas menores de 18 años sujetos de derecho; más bien, les da un carácter de menos personas, objeto de una actividad protectora paternalista, asistencialista y caritativa por parte del Estado; como consecuencia, los niños y jóvenes en situación irregular no están en el pleno goce de todos sus derechos y deberes humanos. En contraparte, la Constitución Política de la República de Guatemala reconoce y garantiza el conjunto de derechos y libertades que son inherentes a la persona humana, sin distinción alguna. La Carta Magna contempla una especial protección a la niñez y la juventud, garantizando sus derechos individuales, sociales, económicos y culturales; de igual forma, establece un trato claro y específico para aquellos niños, niñas y jóvenes en conflicto con la ley.³¹⁷

La Constitución Política de la República de Guatemala coincide con la Convención sobre los Derechos del Niño, en el aspecto de establecer el principio de la protección integral, basado en el principio del interés superior del niño o la niña. Esto implica para el gobierno y la sociedad que se encuentran obligados a velar por su bienestar, promoviendo e impulsando políticas públicas de desarrollo, protección y participación social de este grupo. Siguiendo este compromiso, se han realizado una serie de cambios dentro del andamiaje jurídico del país, siendo así que en 1996 fue aprobado el Código de la Niñez y la Juventud, instrumento contenido en el Decreto N° 78-96 del Congreso de la República.

Según informa la Fiscalía General, este Código fue aprobado, luego fue suspendido en tres ocasiones por el Congreso de la República, siendo la última vez por Decreto legislativo N° 4-2000. Se aprovechó la oportunidad para presentar otra propuesta de Código cuyo contenido es discutible, debido a que se sigue basando en el modelo tutelar, contraviniendo lo establecido por la Convención sobre Derechos del Niño, que, según el art. 46 de la Constitución Política, es normativa vigente en aquel país. De tal suerte que mientras no se apruebe y aplique una normativa que haga positiva la Convención sobre los Derechos del

³¹⁷ IDEM.

Niño, las lagunas y contradicciones existentes en el Código de Menores favorecerán acciones arbitrarias.³¹⁸

Asimismo, insisten los autores en comento, hay que considerar que algunos operadores de justicia, en el tratamiento de la niñez y la juventud, no tienen un criterio unificado sobre qué normativa impera en el país. Algunos funcionarios públicos, al actuar en situaciones que involucran a niños y a jóvenes, se rigen por la Constitución Política y por la Convención sobre los Derechos del Niño, reconociendo así su superioridad ante las leyes nacionales, mientras que otros se basan en el Código de Menores, el cual tiene una total incongruencia con los postulados de la Convención de los Derechos del Niño, lo cual hace disfuncional la actividad de los operadores del Sistema de justicia juvenil en el país. Esta discrecionalidad, en cuanto a qué normativa legal debe ser aplicada a la niñez y la juventud, complica la situación jurídica de este grupo.³¹⁹

Lo anterior por lo que hace al marco jurídico de niños y jóvenes en el país; ahora bien, respecto a la forma en que la sociedad guatemalteca concibe al niño o adolescente, PALENCIA GARCÍA y MELCHOR SOLÓRZANO señalan que subsiste la cultura autoritaria, machista, discriminatoria y excluyente que ve a este colectivo como seres con mínimos derechos, y que posterga el pleno goce de los mismos hasta la mayoría de edad.

La niñez y la juventud guatemaltecas afrontan las consecuencias de una multiplicidad de problemas histórico-estructurales, especialmente en el área rural del país, en virtud de encontrarse parte de la población rural en la pobreza, sufriendo exclusión social, étnica, económica y cultural; el desarrollo no ha sido visto como un proceso integral, y sólo es privilegio de los sectores productivos más rentables, en detrimento de la mayoría de la población que vive en el interior. La niñez guatemalteca se encuentra en una posición que le es difícil superar dentro de la sociedad por factores como la falta de educación, de salud y de seguridad, ya que el 60%, aproximadamente, de la población es indígena, y se encuentra ubicada en las áreas rurales del país, alejadas del desarrollo, la salud y la educación.³²⁰

De conformidad con el informe 2001 de la Oficina de Derechos Humanos del Arzobispado de Guatemala, la niñez y la juventud guatemaltecas constituyen el sector que mas se daña como consecuencia de la violencia que hoy en día impera en el país, ya que en forma directa e indirecta son víctimas de diversos fenómenos violentos;³²¹ de tal suerte que la violencia juvenil es expresión y un indicador de la

³¹⁸ IDEM.

³¹⁹ IDEM.

³²⁰ IDEM.

³²¹ a) Violencia social: A nivel nacional, se puede observar en el territorio guatemalteco que en los últimos años se han suscitado una serie de acciones sociales violentas, como los linchamientos, lo que se ha convertido en una práctica, hasta cierto punto, frecuente, especialmente en aquellas

violencia a la que han sido sometidos (de manera directa e indirecta) los jóvenes desde su infancia, tanto por su familia como por su entorno socioeconómico y cultural.

PALENCIA GARCÍA y MELCHOR SOLÓRZANO hacen referencia a la Asociación Casa Alianza, cuyo fin primordial es la reinserción de los niños de la calle en la sociedad; la cual indica que algunos factores socioculturales pueden ser condicionantes para el surgimiento e incremento de subculturas juveniles o pandillas, entre ellos se encuentran:³²²

1. Anomia: ausencia de reglas, de normas, inobservancia de leyes.
2. Hiperindividualismo, o culto al individuo, a los superhéroes.
3. Autosuficiencia: indiferencia hacia el otro, egoísmo.
4. Aceleración: todas las ciudades del mundo están orientadas hacia la velocidad, la rapidez, la tensión urbana.
5. Amarillismo, sensacionalismo: retransmisión de suicidios y asesinatos y exhibicionismo de lo negativo.

Entre las instituciones que participan dentro del proceso de menores se encuentra el Ministerio Público, el cual desarrolla dos funciones esenciales para la niñez: la relacionada con el ejercicio de la acción penal en todos aquellos casos en que un niño o un adolescente sea víctima de una acción delictuosa cometida por un mayor de edad; y la que efectúa directamente en la jurisdicción de menores con la atención al ámbito de la conducta transgresora de todo menor de edad, cuando éste es responsable del delito o falta.

El aludido Código de Menores, señala además como funciones del Ministerio Público en la jurisdicción de menores el respeto de los derechos de los menores, velar por la eficiente aplicación del Código de Menores, representar a los menores que se encuentren en situación irregular y asumir su defensa legal, acusar ante los tribunales a las personas mayores de edad que realicen actos contrarios a la integridad personal de los menores.

regiones que fueron afectadas por el conflicto armado interno sufrido durante más de 30 años; dichas zonas son las que cuentan con el más bajo índice de desarrollo para la niñez.

b) Maltrato infantil: Este fenómeno es otra práctica social común en Guatemala; no existen datos precisos sobre el mismo, ya que no está tipificado en la legislación como delito y se le considera como de ámbito social privado, reconocido como simple abuso a los niños y jóvenes. Consiste en toda agresión que se le pueda producir a un niño o joven, ya sea por parte de sus padres, familiares u otras personas, con la intención de causarle un daño o simplemente de castigarlo por alguna acción realizada.

³²² IDEM.

Debe entenderse, que el fin último de la jurisdicción de menores es el reeducativo no punitivo, se busca el reencuentro del niño con su familia, con la sociedad y la nación sin romper el marco de legalidad del país, percibiendo a los niños como personas inimputables, pero responsables penalmente ante su ley propia, combatiendo de este modo la impunidad.

Respecto a la jurisdicción guatemalteca en el ramo de menores, apuntan PALENCIA GARCÍA y MELCHOR SOLÓRZANO que por disposición legal, es de naturaleza jurídica, y su aplicación, con exclusividad, de la Magistratura de Menores, el Tribunal de Menores y los Juzgados de Menores. La Magistratura coordinadora de la jurisdicción de menores está a cargo de un Magistrado tutelar electo por el Congreso de la República, auxiliado por el Secretario y por el personal que considere necesario. El Tribunal de Menores se constituye temporal y exclusivamente para tramitar y resolver los recursos de aplicación que se interpongan contra las resoluciones proferidas por los Jueces de Menores.³²³

Entre las medidas que podrán acordarse al resolver en definitiva un proceso de menores se encuentran: amonestación verbal, colocación de un menor en una institución adecuada para su sostenimiento y educación, multa o amonestación a los padres, tutores o encargados, certificación de lo conducente a un Juzgado del orden penal, cuando de lo actuado apareciera la comisión de un hecho de delito o falta cuyo autor fuera un mayor de edad.³²⁴

De acuerdo al informe circunstanciado del año 2001, de la Procuraduría de los Derechos Humanos de Guatemala, los centros de internamiento para menores son denominados Centro de Orientación y Tratamiento para Menores y funcionan bajo la administración de la Secretaría de Bienestar Social en coordinación con la Magistratura de Menores. PALENCIA GARCÍA y MELCHOR SOLÓRZANO hablan de que las condiciones de infraestructura de los centros son precarias: los internos duermen sobre planchas de cemento, los servicios sanitarios se encuentran en malas condiciones de mantenimiento e higiene, los salones de estudio carecen de material didáctico. Se percibe un ambiente carcelario y no se observan programas que promuevan objetivamente la reinserción social, familiar, laboral y académica de los internos.

Refieren los autores en cita, que a los Centros de Ubicación y Diagnóstico deben ir jóvenes en conflicto con la ley, por lo que al llegar quien es víctima de cualquier tipo de maltrato infantil, corre el riesgo de seguir siendo maltratado y abusado por el resto de la población.

³²³ IDEM.

³²⁴ IDEM.

La niñez y la juventud institucionalizadas, consideran, están en segundo plano por parte del Estado, porque se asignan recursos adicionales al presupuesto aprobado para otros Ministerios y no se cuenta con partidas presupuestarias para proveer de apoyo logístico a las entidades encargadas de velar por el bienestar de este sector.

Al igual que en otras naciones latinoamericanas, la reacción de la población ante los constantes actos vandálicos de pandillas juveniles y ante la violencia generalizada es exigir al Estado el encarcelamiento de los delincuentes; y el Gobierno de Guatemala, a través del Ministerio de Gobernación y a través de la Dirección de la Policía Nacional Civil, con miras a controlar y reducir el clima de inseguridad, únicamente optan por implementar planes de seguridad (como el “anti maras”), que provocan detenciones ilegales, vulnerando los derechos de los menores.³²⁵

De tal suerte, concluyen PALENCIA GARCÍA y MELCHOR SOLÓRZANO que analizar la situación de la niñez y la juventud en Guatemala implica considerar las condiciones y la calidad de vida en que subsisten los niños y las familias, las cuales no han mejorado en los últimos tiempos. El maltrato infantil, el abuso y la explotación comercial sexual, la pornografía, la explotación laboral infantil, la niñez subsistiendo en las calles, el tráfico de niños, la proliferación de las denominadas “maras”, las adopciones internacionales ilegales, los jóvenes privados de libertad y en condiciones inhumanas; son fenómenos que se reproducen no como hechos aislados, sino como consecuencias inmediatas de las condiciones de desprotección y olvido, lo que favorece que los índices de vulnerabilidad y riesgo vayan en constante y acelerado ascenso. Como apunta Emilio GARCÍA MÉNDEZ, Asesor Regional de Derechos del niño (UNICEF) para América Latina y el Caribe, es importante recordar que: “La niñez y la adolescencia, del mismo modo que los derechos humanos, son realidades de carácter histórico, resultado final de contradicciones y disensos mucho más profundos que los que hoy aquí enfrentamos. Si los derechos humanos constituyen la cara contraria y reacción a sistemáticas y continuas negaciones de necesidades humanas fundamentales, el concepto democrático de niñez se construye en la cara contraria y negación de la cultura y práctica de toda cultura de la minoridad (...) Cualquier propuesta que quite o disminuya a los niños el derecho inalienable a la niñez, en realidad no hace otra cosa que quitar o disminuir a la democracia su base estratégica de sustentación.”³²⁶

4. El Salvador

³²⁵ IDEM.

³²⁶ IDEM.

Al igual que en la mayoría de las naciones latinoamericanas, es grave la situación para gran parte de la población infantil en la República de El Salvador.

Según describe Miguel Alberto TREJO ESCOBAR, las condiciones materiales y espirituales en las que vive un buen sector de la población salvadoreña infanto-juvenil son extremadamente difíciles. El perfil que caracteriza a los menores infractores indica: pobreza, falta de educación, incapacidad familiar de satisfacer las necesidades vitales del hogar, familias desintegradas, falta de orientación moral y espiritual, violencia en el desarrollo de vida, falta de identidad social y baja estima.³²⁷

Esto se debe, afirma el estudioso en comentario, en parte, a que no se le aseguran eficientemente los derechos más fundamentales, pese al esfuerzo que realizan las instituciones responsables de su protección. Diversos factores, característicos de la vida urbana en El Salvador, influyen en esta situación:³²⁸

a) Una escalada de violencia social; se estima que cerca del 15% del presupuesto nacional puede estar comprometido en la lucha contra la violencia delincinencial.

b) El incremento de "cinturones de miseria" o "zonas marginales" que carecen de los servicios básicos para sobrevivir;

c) Un porcentaje cada vez mayor de niños y niñas con escasas posibilidades de acceso a la educación. La realidad marca en lo educativo una crisis, medida por varios indicadores, por ejemplo: una alarmante deserción que se produce año con año en las escuelas e institutos oficiales; mala calidad de la enseñanza; incorporación a labores agrícolas en el sector rural; etc.

d) La cantidad creciente de niños y niñas que viven o trabajan en la calle, expuestos al consumo de drogas, al abuso y a la explotación sexual o inclusive, a la muerte.

e) La acelerada incorporación de adolescentes en "maras" o pandillas juveniles. Una Encuesta del Instituto Universitario de Opinión Pública (IUDOP), Universidad Centroamericana "José Simeón Canas" (UCA) de noviembre de 2000, informa que: a) se calcula que hay más de 30 mil pandilleros; b) unos 150 mil jóvenes son simpatizantes de la vida pandilleril; c) existen más de 25 pandillas, las más numerosas son la "MS" y la "18"; d) la edad promedio de ingreso a las pandillas es de 15 años.

³²⁷ Cfr. TREJO ESCOBAR, Miguel Alberto. "Justicia penal juvenil en El Salvador: definición del problema y propuesta de soluciones". En **Anuario de Justicia de Menores**. Ed. Astigi, España, 2001, No. I, pp. 343-356.

³²⁸ ÍDEM.

f) Un ascenso del índice delincencial -específicamente de algunos delitos-, que se agrava por la participación de cada vez más jóvenes delincuentes. La delincuencia en general, y en particular la juvenil, de acuerdo con las encuestas de opinión pública y con la opinión de los medios de comunicación, se ha convertido en uno de los principales problemas sociales de El Salvador. Según el Instituto Universitario de Opinión Pública, Universidad Centroamericana "José Simeón Canas", en noviembre de 2000 de entre 938 jóvenes encuestados del área metropolitana de San Salvador, el 23% admitió haber cometido homicidio.

En contraparte a esta grave crisis social, refiere el funcionario salvadoreño la adopción de la Convención sobre los Derechos del Niño (suscrita por el Gobierno salvadoreño el 26 de enero de 1990, y ratificada por la Asamblea Legislativa el 27 de abril de ese mismo año); por la cual se han decretado algunos instrumentos jurídicos que contienen normas pertinentes a los derechos de los niños, como el Código de Familia (1993), la Ley del Instituto Salvadoreño de Protección al Menor (1993), la Ley del Menor Infractor (1995), la Ley de Vigilancia y Control de Ejecución de Medidas al Menor Infractor (1995).

En consecuencia, a juicio del Magistrado, dos aspectos esenciales han de tenerse presentes en la definición de la problemática que acarrea la delincuencia juvenil: la realidad social y los controles sociales. La nueva justicia penal juvenil debe estar orientada en dos vertientes:³²⁹

a) una, de carácter cognoscitivo: los jueces y fiscales deben organizarse para conocer la realidad social del joven. La "justicia minoril" debe ocuparse del estudio de las condiciones socio-económicas, personales y familiares del adolescente que comete una infracción penal y de la víctima que la padece. El nuevo proceso no consiste solamente en saber si el menor es autor o partícipe de una infracción penal, sino también en investigar sobre las causas que motivaron la acción infraccional.

b) Otra, de carácter operativo: gran parte de la actividad del nuevo sistema judicial debe desarrollarse en el marco de programas de prevención.

Por lo que hace al primer apartado, apunta TREJO ESCOBAR que en la actualidad no es posible ignorar que la sociedad salvadoreña está siendo castigada rudamente por la delincuencia. Si bien no existe un sistema unificado y confiable que registre los hechos delictivos que se denuncian ante las instituciones encargadas de la persecución e investigación de los delitos y, por ende, es sumamente difícil determinar los aumentos o disminuciones de la actividad delictiva; la percepción generalizada de la población es que la delincuencia ha

³²⁹ IDEM.

aumentado, según lo reportan todas las encuestas de opinión realizadas desde 1997 y la información publicada en los medios de comunicación social.³³⁰

El crimen se levanta de frontera a frontera, y la vida humana y demás bienes no son respetados de manera tal que la sociedad vive bajo signos de terror, sangre y muerte. Desde delitos de ínfima afectación a bienes jurídicos, hasta violentos crímenes contra la vida, la integridad personal, libertad ambulatoria, libertad sexual, otros de naturaleza económica como las estafas millonarias, y delitos contra el medio ambiente, marcan el nuevo estilo criminológico de la actual sociedad salvadoreña; ya en 1965 la Organización Panamericana de la Salud (OPS), en su informe sobre los homicidios en Latinoamérica, reportaba para El Salvador una tasa de 25.4 homicidios por 100.000 habitantes, siendo superado únicamente por Nicaragua con una tasa de 28.0; cinco años después en 1970, la tasa del país subió a 34.0 por 100.000 habitantes, colocándose en el primer lugar en Latinoamérica.³³¹

Ante tan cruento panorama, explica el Magistrado, la ciudadanía reacciona exigiendo de los órganos del Estado el replanteamiento del problema delincucional (tanto de adultos como de menores) y la búsqueda urgente de soluciones efectivas; momento que aprovechan políticos y funcionarios públicos proponiendo “varias” medidas para contrarrestar el fenómeno de la criminalidad, las cuales apuntan en una sola dirección: incrementar la severidad de la ley. Se proclama, por ejemplo: la abolición o reducción del papel del jurado (establecido por la Constitución para juzgar determinados delitos comunes indicados por la ley, Art. 189), la implantación de la pena de muerte (abolida constitucionalmente en 1983, para delitos comunes, Art. 27), la cadena perpetua (prohibida por la Constitución en el Art. 27 Inc. 2º), el confinamiento absoluto (contrario al espíritu de readaptación del delincuente según el Art. 27 Inc. 3º de la Constitución), la castración por delitos de violación (pese a que se prohíben constitucionalmente las penas infamantes, Art. 27), el incremento de penas (tan exageradas, con penas de hasta 75 años, que encubren una cadena perpetua), la exclusión de la libertad condicional para determinados delitos (vulnerándose el principio de igualdad y la finalidad preventivo-especial de la pena, Arts. 3 y 27 Cn), la creación de nuevos delitos, amplias facultades de investigación policial, etc.³³²

De igual manera, en el ámbito de la Justicia Penal Juvenil, la agenda de reforma alcanza a la Ley del Menor Infractor; en torno a ella se ha expresado que “se debe juzgar a los menores como a adultos”, pese al valladar contenido en el inciso 2º del Art. 35 de la Constitución, que establece “un régimen jurídico especial” para juzgar a los menores que cometan hechos punibles. Arguye TREJO ESCOBAR que los impulsores de las reformas sólo afrontan la problemática de

³³⁰ IDEM.

³³¹ IDEM.

³³² IDEM.

manera parcial; consideran que la sociedad no puede ni debe permanecer indiferente ante la amenaza real de la delincuencia y que si los medios actuales de prevención y de represión son insuficientes, en el ejercicio del derecho de legítima defensa que a la sociedad le asiste, deben buscarse otros de distinta entidad, como los antes apuntados, aun cuando estos ignoren, sacrifiquen, restrinjan o violenten derechos que, además de estar insertos en normas de la Constitución de la República, aparecen suscritos y ratificados en varios Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos.³³³

Como la solución se busca únicamente en el ámbito normativo penal, se clama en todos los tonos que los nuevos Códigos Penal y Procesal Penal vigentes (20 abril/98), al igual que la Ley Penitenciaria (13 de noviembre de 1998) y la Ley del Menor Infractor (de 1 de Marzo de 1995), son incapaces de librar una lucha frontal contra la delincuencia, que son un factor coadyuvante de la delincuencia y que el nuevo Sistema de Justicia Penal, en su conjunto, se ha transformado en la fácil puerta de escape de los criminales. Esta visión, afirma el Magistrado, fomenta e impulsa una cultura represiva como único medio capaz de controlar la criminalidad, con diversos y graves peligros^{334 335}.

³³³ IDEM.

³³⁴ a) Aplicación del "Derecho Penal Subterráneo", postura que se caracteriza por ser extrema y radical. Es la que generan grupos que clandestinamente ajustician a jóvenes o adultos vinculados a posibles actividades delictuales, por ser indeseables para la sociedad; el móvil puede oscilar entre "limpieza social" y "justicia privada".

La pena principal: muerte. Han existido grupos tales como: "escuadrones de la muerte", "la sombra negra" y otros, cuya existencia obedece a circunstancias coyunturales; su actuación clandestina les permite actuar con toda impunidad. "Las frecuentes ejecuciones de supuestos pandilleros a delincuentes, así como otras muertes de personas no vinculadas a pandillas, por móviles desconocidos, son ejecutadas con características similares en todos los casos. Esta especial circunstancia revela, con gran probabilidad, la existencia de grupos inspirados en algo más que intenciones aisladas o particulares de algún ciudadano o de rivalidades propias de las pandillas".

Esto se muestra en el hallazgo de cadáveres con brutales señales de tortura, decapitados, mutilados, con manos o pulgares atados, abandonados en lugares despoblados, desnudos o semidesnudos. En 1997 se contaron 24 personas asesinadas de esta forma, o sea, un promedio de 2 por mes. Once de ellas (el 46%) tenían de 16 a 18 años; 9 (38%), de 18 a 25, y 3 (12%) eran mayores de 25 años. No se pudo determinar la edad de una de las víctimas.

b) Reformas con supresión de garantías. Los que abogan por esta modalidad alzan sus voces manifestando que las leyes penales sirven para proteger a los delincuentes, no a las personas honradas. Consecuentemente solicitan, entre otras cosas, procesos sumarios, prisión preventiva como regla general, presunciones de culpabilidad, leyes basadas en un derecho penal de autor. Ejemplo paradigmático fue la Ley Transitoria de Emergencia contra la Delincuencia y el Crimen Organizado dictada en 1966 (cuya vigencia duró dos años), y la cual fue parcialmente declarada inconstitucional por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

c) Con mayor "moderación", otros piden endurecer el sistema penal con medidas tales como: militarización de la seguridad pública (que ya se emplea en los centros de internamiento para menores infractores), inflación punitiva (actualmente se discutió y aprobó en la Asamblea Legislativa una pena máxima de 50 años de prisión y de hasta 75 años en casos de concurso de delitos), más encarcelamiento y, por tanto, construcción de más cárceles.

Sin embargo, continúa el Magistrado de Cámara de Menores, todo lo contrario se encuentra descrito en el proyecto “Divulgación de la normativa jurídica penal y de derechos humanos en El Salvador”, que desarrolló la Asamblea Legislativa con fondos aportados por el Gobierno de Suecia, por medio del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). Algunos aspectos recogidos en el libro “Documentos Básicos de la Nueva Normativa Penal” expresan lo siguiente:³³⁶

“La Honorable Asamblea Legislativa de la República de El Salvador, con fechas 22 de marzo y 25 de mayo de 1994, recibió del señor Presidente de la República, por medio del señor Ministro de Justicia, las iniciativas tendientes a que se aprobaran los nuevos Códigos Penal, Procesal Penal y Ley Penitenciaria.

“Con esto se inició, en el seno de las Comisiones de Legislación y Puntos Constitucionales y de Justicia y Derechos Humanos, todo un proceso de análisis, discusión y estudio sobre el contenido de dichas normativas./ Muchas de las jornadas de reflexión y estudio que realizaron ambas Comisiones, durante más de dos años, aparecen relacionadas en los Dictámenes respectivos, así como el resultado que se obtuvo del contacto directo con los niveles técnicos, responsables del contenido y orientación doctrinaria de los Proyectos.

“Como Fundamento Constitucional de los nuevos Códigos Penal y Procesal Penal y de la Ley Penitenciaria, se relacionan las principales disposiciones de la Constitución que fueron tomadas en cuenta al momento de discutir y definir el contenido de los mismos./ En el Fundamento Normativo Internacional, se transcriben las disposiciones de las Convenciones, Pactos y Declaraciones Internacionales, que sirvieron para definir el perfil internacional de las nuevas leyes”.

En realidad, dice el funcionario, la nueva legislación penal salvadoreña tiene su origen en el proceso de restauración o inauguración de la democracia formal en América Latina, a partir de la extinción de regímenes militares dictatoriales que durante décadas gobernaron, y que desaparecieron ya por la vía electoral, ya como resultado de procesos revolucionarios impulsados por movimientos populares, o derrocados en golpes de estado por grupos de militares, en algunos casos actuando bajo presión de la sociedad civil. En el caso de El Salvador, el 20 de abril de 1998 se dio el paso decisivo del proceso escrito de rasgos inquisitorios (Código Procesal de 1973), a un proceso con predominio del juicio oral y público,

Los defensores de esta postura han impulsado más de un centenar de reformas a los Códigos Penal, Procesal Penal y Ley Penitenciaria, y a la Ley del Menor Infractor, argumentando que dichos ordenamientos son inadecuados para el combate a la criminalidad.

³³⁵ IDEM.

³³⁶ IDEM.

que caracteriza al sistema acusatorio. Como antecedente se cita la Ley del Menor Infractor, del 1 de marzo de 1995.³³⁷

Los Códigos Penal y Procesal Penal de 1973 se caracterizaban según el corte inquisitivo reinante, por un proceso escrito interminable, durante el cual el imputado permanecía en prisión como regla general. Los jueces, salvo contadas excepciones, jamás llegaban a conocer a la persona que juzgaban, pues delegar actividades judiciales en subalternos era la regla principal. El derecho de defensa era extraño, tanto en la fase policial como en la de instrucción; la investigación era absolutamente secreta, tolerándose la intervención del defensor hasta en etapas avanzadas del proceso (auto de llamamiento a juicio o plenario). Por otra parte, aunque estaba normado que la Fiscalía General de la República ejerciera la acción penal, en la práctica no era así, de modo que a quien tenía por contendiente el imputado en el proceso era al juez. En lo policial, aparecía siempre la declaración del imputado reconociendo su culpabilidad. Por su parte, el Código de Menores, fundamentado en la doctrina de la “situación irregular”, mostraba gran ambigüedad en la aplicación de las medidas (a infractores o no de la ley penal) y el uso indiscriminado, en uno u otro caso, del internamiento. Además, al menor en conflicto con la ley penal se le ignoraban los derechos reconocidos a los adultos.³³⁸

Estos ordenamientos, apunta TREJO ESCOBAR, constituyeron en su momento “un gran avance” para el Derecho punitivo salvadoreño, a tal punto que se apostaba terminarían con la delincuencia. Sin embargo, con el transcurso del tiempo quedó al descubierto que esas leyes, no sólo no resolvieron el problema delincencial, sino que, además, los dos primeros eran violatorios de los derechos del imputado, y el tercero no otorgaba ningún derecho a menores que hubieran cometido un hecho considerado como delito para los adultos.

En general, continúa el funcionario judicial, aquel sistema era visto como un instrumento infalible para el combate de la criminalidad, incapaz de fracasar en la búsqueda de la reina de las pruebas, pues todo imputado detenido confesaba en sede policial, de tal suerte que en los atestados policiales siempre aparecía la confesión extrajudicial del imputado; estas “fortalezas” del sistema radicaban en las atribuciones conferidas a la policía, que las ejercía sin control jurisdiccional. Las diligencias policiales debían considerarse, en sede jurisdiccional, como “elementos de juicio suficientes” para decretar la detención provisional del encausado y, casi siempre, base para fundamentar una condena. Así, la proporción de personas detenidas estaba muy próxima al 70% de los presos sin sentencia.

³³⁷ IDEM.

³³⁸ IDEM.

De tal suerte, insiste TREJO que es inoperante una visión únicamente jurídica del fenómeno de la criminalidad, que no enfatice en los aspectos socio-económicos de la sociedad salvadoreña. En la elaboración de una adecuada política social, con tintes preventivos y no represivos, es indispensable poner atención en la realidad del país centroamericano, y no sólo en los aspectos del derecho penal. Algunos indicadores útiles al respecto se mencionan en el Informe sobre Desarrollo Humano en El Salvador, 2001 (IDHES), presentado oficialmente en julio de ese año por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD)^{339 340}.

El Informe referido señala como Grandes Desafíos, entre otros: 1) revisar la política de crecimiento económico; 2) reducir el nivel de pobreza; 3) fomentar un pacto de responsabilidad fiscal; 4) descentralizar la inversión pública; 5) generar credibilidad en las instituciones públicas; 6) desarrollar un plan de reconstrucción con enfoque de desarrollo humano.³⁴¹

Con respecto al impacto social de la criminalidad juvenil, refiere el Magistrado centroamericano que en 1994, en la víspera de la vigencia de la Ley del Menor Infractor, la Corte Suprema de Justicia realizó un estudio de hechos delictivos cometidos por menores. El propósito apuntaba a estimar el número de

³³⁹ a) Los terremotos de enero y febrero de 2001 dejaron 225 mil nuevos pobres y 200 mil más cayeron en extrema pobreza. Convirtiéndose la pobreza en un mal que afecta ya a más de la mitad de la población salvadoreña. Las nuevas cifras son: población en pobreza: 51.2% (pobreza: cubre la canasta básica alimentaria, educación, vivienda, salud, alimentación, etc.), población en extrema pobreza: 23.4% (no cubre la canasta básica alimentaria), lo que hace un total de: 74.6%.

b) El IDHES señala que los terremotos causaron «estratos impresionantes»: 146 mil viviendas resultaron destruidas, 41 mil micro y pequeños negocios desaparecieron, y más de mil establecimientos de educación y salud fueron destruidos parcial o totalmente. Las pérdidas económicas se valoran en más de 1600 millones de dólares. Aspecto que representa un retroceso global del país de tres años, en términos de desarrollo humano.

c) Otras conclusiones refieren que el 29% de los salvadoreños no tienen servicio de salud; el 45% de los hogares no tiene agua potable; 4 de cada 10 hogares viven en condiciones de hacinamiento. En términos de educación, 26 de cada 100 personas mayores de 15 años son analfabetas, y el país gasta menos en ese rubro de lo que le corresponde de acuerdo con su ingreso per capita.

d) Según el IDHES, el 20% de la población percibe, en promedio, 18 veces más ingresos que el 20% de los más pobres. Patético dato que marca las diferencias entre ricos y pobres. En el plan macroeconómico, el informe hace una serie de consideraciones donde destaca que la economía atraviesa por un período de lento crecimiento, después del dinamismo expresado al principio de los noventa. Urge reducir la tasa de subempleo, del 30 %, con el objetivo de generar mayores ingresos a la población.

e) El sector de la población más afectado por los sismos corresponde a los salvadoreños de cero a 17 años de edad. En dicho rango, la pobreza se incremento un 3.8 por ciento y la extrema pobreza subió un 4.1 %. Lo anterior significa que 98 mil niños se suman a los 1.47 millones que ya se encontraban viviendo en una situación precaria.

³⁴⁰ IDEM.

³⁴¹ IDEM.

Tribunales de Menores a crear y, además, a fijar la proyección del trabajo de los mismos. Tal estudio arrojó los siguientes datos:³⁴²

a) Número de casos en el ámbito nacional: se contabilizó un total de 2616 causas penales en las que aparecían menores de entre 12 y 18 años de edad.

b) Proyección para la creación de Juzgados de Menores: tomando como parámetro el dato anterior, se decidió crear ocho Juzgados de Menores, más la conversión de cuatro que ya funcionaban (como Tribunales Tutelares de Menores), haciendo un total de doce. Se crearon, por otra parte, tres Cámaras de Menores, para conocer recursos de apelación y revisión.

c) Proporción de carga laboral: dividir el número de casos entre el número de Tribunales a funcionar arrojó un total de 218 casos por cada Juzgado de Menores. Y, sobre esa base, se proyectó una tasa de crecimiento del 15% por cada Tribunal. En total, se estimó que el volumen de casos, para cada uno, sería de 250 anuales. El proceso de menores requiere, mínimamente, tres audiencias: la primera, de formulación de cargos; la segunda, denominada audiencia preparatoria; y, la tercera, vista de la causa.

Sin embargo, añade TREJO, en febrero de 1996 se dio a conocer el diagnóstico de la nueva justicia penal juvenil. El estudio se verificó entre marzo de 1995 y enero de 1996. Se trató, pues, de una investigación que abarcó los 11 meses de evolución. El resultado fue el siguiente:³⁴³

a) Se contabilizaron 5479 expedientes a nivel nacional.

b) Dato que, comparado con la tasa de crecimiento proyectada (15%), se incrementó en un 85% sobre la base estimada.

c) El resultado proporcional para cada Juzgado de Menores llegó a 456 casos. Aspecto que dio origen a la creación de ocho nuevos Juzgados de Menores.

A final de cuentas, considera TREJO, la clave para resolver esta problemática, está en la *prevención de la delincuencia como esfuerzo educativo*; de interés es lo que se menciona en el folleto: “La Prevención de la Delincuencia Juvenil en El Salvador: Hacia la formulación de una política Social Integral” emitido por la Dirección General de Política Criminal, Ministerio de Justicia: “Desde el punto de vista de las ciencias jurídicas, prevención es la preparación y disposición que anticipadamente se hace para evitar que un delito o infracción se lleve a cabo, tomando como base para ello el conocimiento de las causas que lo originan. La prevención, en el contexto de esta ciencia, se traduce en normas basadas sobre criterios de justicia y equidad, enfocadas tanto hacia la erradicación de las causas

³⁴² IDEM.

³⁴³ IDEM.

que generan la tendencia a delinquir como al mejoramiento de los procesos y al refuerzo de las instituciones encargadas de reducir los motivos, la necesidad y las oportunidades de cometer delitos o infracciones.”³⁴⁴

La regla básica en materia de menores, a la que debería dedicársele los máximos esfuerzos institucionales, es la prevención a través de la educación: “la mejor forma de prevención contra la delincuencia juvenil es la de impedir que surjan delincuentes juveniles, para lo cual se requieren adecuados programas de asistencia social, económica, educacional y laboral.”³⁴⁵

Algunos criterios que TREJO considera vitales para ello son:³⁴⁶

a) Nuevos planes y programas que desarrollen la prevención de la delincuencia juvenil, orientados imprescindiblemente hacia la formulación de una política social integral.

b) Concienciar de que la prevención de la delincuencia juvenil es una labor y una tarea que concierne a toda la sociedad y que, como tal, deben involucrarse a todos los sectores activos, por ejemplo, la familia, el sistema educativo, la comunidad, los medios de comunicación, las instituciones gubernamentales, ONG's, etc.

c) En cuanto a la familia, siendo la unidad central encargada de la integración social primaria del niño, deben hacerse esfuerzos para preservar su integridad y orientarla para evitar el desarrollo de acciones dañinas por miembros de su núcleo. Se debe considerar su fortalecimiento, debido a que de su solidez depende, en gran parte, el desarrollo positivo y armonioso de los niños y jóvenes. Rescatar y consolidar la estructura y función de la familia es una tarea importante. La familia debe dejar de ser un factor criminógeno en nuestra sociedad.

d) Con relación al sistema educativo, se debe preparar a los niños y adolescentes revisando los programas e implementando otros que sean alternativos o de formación vocacional. Tales programas deben tener estímulos, no sólo para que el joven se interese en desarrollarlos, sino también para que lo preparen hacia la vida independiente en sociedad. En ellos, los niños y adolescentes deben ser educados en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad e igualdad. Los programas de educación, mínimamente, deben contener:

a) La enseñanza de los valores fundamentales y de los derechos humanos; b) El fomento del desarrollo de la personalidad y de las aptitudes de los jóvenes; c) Lograr que los jóvenes participen de manera activa en el proceso educativo, en

³⁴⁴ IDEM.

³⁴⁵ IDEM.

³⁴⁶ IDEM.

lugar de ser sujetos pasivos; d) Inculcar el desarrollo de actividades que fomenten un sentimiento de identificación con la escuela y la comunidad.

Lo anterior seguirá siendo utópico si no es posible tomar conciencia, sobre todo, en los siguientes puntos: a) el Gobierno tiene el deber de facilitar a todos los jóvenes el acceso a la enseñanza pública; b) Los programas de educación deben involucrar a los padres y a las organizaciones comunitarias; c) Debe prestarse especial atención a la creación de programas y campañas que hagan posible la participación de grupos de “maras”. El sistema educativo debe estar destinado a tomar un papel protagónico en la política de prevención de la delincuencia juvenil. Dentro de sus prioridades debe estar el mayor acceso de los jóvenes a la educación, la disminución de la deserción escolar. El sistema educativo debe responder a los postulados de la Constitución y a las necesidades reales de los jóvenes y de la sociedad en la que aquellos se desenvolverán. En el sistema educativo se deben fomentar métodos de trabajo que involucren la participación activa de los padres de familia y de la comunidad.

e) La comunidad. El enfoque preventivo comunitario implica la participación de todos los miembros de la localidad, a través de los distintos servicios sociales: escuela, juntas directivas, asociaciones juveniles, instancias espirituales, centros médicos, asociaciones deportivas, ONG's, instituciones gubernamentales, etc. La prevención centrada en la participación comunitaria reduce costos de servicio, promueve el sentido de responsabilidad de sus integrantes, utiliza y refuerza sus conocimientos y las capacidades locales.

En la reinserción social, el aporte de instituciones públicas y ONGs puede ser de diversa índole, por ejemplo: a) Establecer o fortalecer programas de carácter comunitario que respondan a los intereses de los jóvenes; b) Considerar la posibilidad de creación de hogares sustitutos adecuados para alojar a jóvenes que no puedan seguir viviendo en sus hogares; c) Organizar servicios para ayudar a los jóvenes a superar las dificultades que experimenten al pasar a la edad adulta; d) Organizar entes juveniles locales que participen en la gestión de asuntos de la comunidad (ecológicos, de educación vial, señalización urbanística, ornato comunitario, etc.); e) Procurar incentivar aspectos recreativos.

f) Los medios de comunicación. Estos deben buscar una redefinición de su aporte, pues, como agentes de cambio en la prevención de la delincuencia, pueden jugar un papel de primer orden. En este sentido, están llamados a disminuir o evitar la transmisión de programas que muestran elevados niveles de violencia y agresión, los cuales sugieren la idea y el modelo de la violencia como método eficaz para la solución de conflictos. Los medios de comunicación de cualquier naturaleza pueden utilizar un tremendo poder de orientación y disuasión, por lo que un enfoque en este campo debe estar fijado en algunos aspectos como: a) Dar a conocer las contribuciones positivas de los jóvenes a la sociedad; b) Difundir la información relativa a los servicios y a las oportunidades destinadas a

los jóvenes; c) Reducir al mínimo los programas de pornografía, drogas, violencia, etc. Por el contrario, utilizar ese poder para prevenir daños a la salud mental de los niños y adolescentes.

g) Las instituciones, en general. Si la prevención de la delincuencia juvenil es un esfuerzo de todos los sectores sociales, especial atención debe ser puesta en la participación de las instituciones gubernamentales, gremios, sector empresarial, etc., ya que de estos depende la creación de servicios y la generación de oportunidades laborales.³⁴⁷

Citando al profesor Heinz ZIPF, concluye Miguel Alberto TREJO ESCOBAR su exposición: “Así como es preferible poder prevenir una enfermedad en lugar que tener que curarla, también es más ventajoso afrontar preventivamente la criminalidad en vez de punirla represivamente”.³⁴⁸

B. Sudamérica

1. Argentina

Para el estudio de la situación de los menores infractores en la República Argentina, haremos referencia al interesante trabajo de Claudio Roberto NAVAS RIAL, Profesor de Derecho Procesal Penal de la Universidad de Buenos Aires.³⁴⁹

A) Modelo tutelar y modelo garantista en Argentina

Partiendo del tratamiento que se ha dado en últimos tiempos al tema que nos ocupa, sosteniendo en líneas generales, la necesidad de reconocer “autonomía científica” al “Derecho del Menor”; el investigador sudamericano elabora un pequeño repaso de la evolución que ha tenido la normativa del menor en la República Argentina, con especial referencia a su vinculación con el Derecho represivo y al tratamiento de las cuestiones que ello contempla ante los Tribunales de Justicia, haciendo referencia únicamente al procedimiento y a los órganos que conforman la jurisdicción nacional. Para ello, explica que el Derecho de Menores y su vinculación con el Derecho Penal o el Derecho Penal de Menores, ha tenido una inmensa evolución en los países occidentales cultores del Derecho Penal liberal. Esta evolución se ha caracterizado por el paso de un modelo de protección a un modelo educativo o de bienestar, y éste, en algunos casos, ha dado paso al denominado “modelo de responsabilidad”.

³⁴⁷ IDEM.

³⁴⁸ IDEM.

³⁴⁹ Cfr. NAVAS RIAL, Claudio Roberto. “Los menores y el Derecho penal en la República Argentina”. En **Anuario de Justicia de Menores**. Ed. Astigi, España, 2002, No. II, pp. 119-166.

Dicho modelo de protección (tutelar o asistencial) o “de la situación irregular” refiere el autor, estuvo presente en los EEUU, desde 1889, en que fue creado en Chicago el primer Tribunal tutelar de menores, hasta 1967, en que la Corte Suprema de Justicia norteamericana declaró inconstitucional la ley de Nueva York que privaba de defensa a los menores. Y en Europa, desde la creación de las jurisdicciones especializadas hasta fines de la Segunda Guerra Mundial. Este modelo, acuñado bajo influjo del positivismo criminológico y del correccionalismo, consideraba a los menores delincuentes, o cuyo comportamiento se presumiere desviado, como aquejados por alguna patología, abocados al delito como consecuencia de factores biológicos o psicológicos, o por influencia de su entorno familiar o social. La “tutela” tenía como finalidad conseguir la corrección o la reeducación del menor. La “disposición” del menor era una medida de duración indeterminada, y consistía, en la mayoría de los casos, en el internamiento del menor, pues se entendía que la reeducación necesitaba el alejamiento de su entorno social habitual. En materia procesal, el menor carecía de garantías. El juez era cual padre, lo que conllevaba la idea de que era esa la mejor garantía posible, con miras a asegurar la terapia de reeducación o resocialización. Más aun, no era necesaria la vinculación del menor con el delito: en ciertos casos, bastaba con demostrar o presumir el estado de abandono moral o material para proceder a dicha disposición.³⁵⁰

Ante la crisis del modelo protectorio, aparece el modelo denominado “educativo” o “de bienestar”. Éste rechaza la intervención represiva contenida en el modelo anterior; propugna alejar al menor de la justicia penal, para lo cual propicia la adopción de soluciones extra judiciales (a través de la intervención de organismos asistenciales públicos, instituciones privadas o la propia familia), con miras a alcanzar la resolución del conflicto y la asistencia al menor en problemas. En las últimas décadas, explica NAVAS, surge un tercer modelo, denominado “de responsabilidad” o “modelo mixto”, que combina aspectos educativos con otros sancionatorios o represivos. Se caracteriza por la toma en consideración de la responsabilidad del menor en la comisión de la conducta delictiva. Esto repercute en las consecuencias jurídicas aplicables a los menores, pues si el menor es responsable deberá preverse para él una consecuencia distinta de la medida de seguridad o educativa. Pero aquí, al mismo tiempo que se modifica el contenido, se establecen límites a la duración de las sanciones. Entretanto, se trabaja para disminuir la respuesta penal, cambiando sanciones privativas de libertad por otras de carácter ambulatorio, como la reparación y la compensación entre autor y víctima. Se reserva el internamiento para casos en que resulte absolutamente inevitable o necesario.³⁵¹

³⁵⁰ IDEM.

³⁵¹ IDEM.

Desde un punto de vista procesal, refiere el penalista, este sistema de responsabilidad o mixto, reconoce plenamente los derechos y garantías del menor. Se establece un proceso contradictorio en que intervienen abogado y Ministerio Fiscal, y en que se respeta la presunción de inocencia, el derecho de los padres a ser informados, y se reconoce el derecho a que se revisen las medidas impuestas al menor. Los jueces de menores deben tener una formación especializada. Se conservan del modelo educativo los arreglos extrajudiciales por la vía del principio de oportunidad, potenciándose la reparación y la compensación autor-víctima. Enfocándose en el contexto argentino, NAVAS señala la verdadera dicotomía que surge de la comparación de los sistemas constitucional e infra-constitucional, dado que, en el primero de ellos, la República Argentina ha incorporado a la propia Constitución Nacional, merced a lo dispuesto por el artículo 75, inciso 22 (reforma de 1994), entre otras normas internacionales, la Convención Internacional de los Derechos del Niño, documento que abandona el modelo de protección tutelar o asistencial; en contraparte, supervive una normativa infra-constitucional, encarnada en la ley 22.278 y sus modificaciones, impuestas por las leyes 22.803, 23.264 y 23.742 de fuerte tendencia tutelar. Muchas de sus cláusulas pueden aparecer ahora como abiertamente inconstitucionales, merced a su tinte francamente totalitario, lo que pone en evidencia la urgente necesidad de encarar una reforma integral sobre la temática de los menores infractores.³⁵²

Distinta situación se presenta para el especialista en el orden instrumental. Sobre el sistema procesal instituido a nivel nacional por el nuevo Código Procesal Penal de la Nación, de orientación mixta, consagrado por ley 23.984 y normas modificatorias, permite afirmar que se ha verificado un remozamiento en la materia, de corte distinto al tradicional, en la medida en que, bajo la denominación “juicio de menores”, se ha previsto una suerte de proceso especial y contradictorio, donde aparece la intervención del Ministerio Fiscal y el menor es asistido por “el asesor de menores”, lo que indica un re-posicionamiento respecto de la vetusta normativa de corte sustantivo.

B) Evolución constitucional

Con respecto al sistema constitucional, indica NAVAS que la Constitución de la Nación Argentina, sancionada en 1853, no contuvo ningún artículo destinado a definir la relación del Estado con la familia y la minoridad. Esta situación cambió con la sanción de la Constitución vigente entre los años 1949 y 1955, en la cual aparece contemplado el problema. Aquella efímera Carta Magna aniquilada con posterioridad al derrocamiento del Gobierno Constitucional presidido por Juan Domingo Perón, producido en 1955, que reinstala por tercera vez en el poder un gobierno de facto en Argentina, por medio de proclama militar de 1956 que reinstala la Constitución de 1853; dedicaba su capítulo III a la protección de los

³⁵² IDEM.

derechos del trabajador, de la familia, de la ancianidad, de la educación, de la cultura.³⁵³

En 1957, relata NAVAS RIAL, se convoca y reúne una Convención Constituyente que incorpora a la Constitución de 1853 el artículo 14 bis, en cuya parte final se incorpora el siguiente enunciado: “la ley establecerá (...) la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar, y el acceso a una vivienda digna”. Doctrinariamente, esta cláusula programática se ha reconocido como “protección integral de la familia”, la cual hace nacer la obligación, por parte del Estado, de sancionar leyes protectorias. En 1994 se concreta una nueva y amplia reforma de la Constitución de 1853, a raíz de la ley 23.849 del 27 de septiembre de 1990, por la cual se aprueba la Convención sobre los Derechos del Niño. Dicha modificación incorpora con jerarquía constitucional -a través del artículo 75, inciso 22- una serie de instrumentos internacionales vinculados con cuestiones familiares y de minoridad, entre ellos la Convención Americana sobre Derechos Humanos, surgida del Pacto de San José de Costa Rica; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ONU-1966); y la mencionada Convención sobre Derechos del Niño.³⁵⁴

El Pacto de San José de Costa Rica prevé la igualdad de filiaciones, reconoce el derecho de hombre y mujer a contraer matrimonio y fundar una familia. Además, en el artículo 17.1, consigna que “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado”. En su artículo 19, enuncia: “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.” El Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos contiene disposiciones similares; y la Convención sobre Derechos del Niño despliega numerosos aspectos que guardan relación y hacen referencia al núcleo familiar del

³⁵³ Textualmente, el artículo 8 expresaba que:

“La protección de la familia responde a un natural designio del individuo, desde que en ella genera sus más elevados sentimientos afectivos, y todo empeño tendente a su bienestar debe ser estimulado y favorecido por la comunidad, como el medio más indicado de propender al mejoramiento del género humano y a la consolidación de principios espirituales y morales que constituyen la esencia de la convivencia social”.

El título II, “De la familia”, establecía que:

“La familia, como núcleo primario y fundamental de la sociedad, será objeto de preferente protección por parte del Estado, el que reconoce sus derechos en lo que respecta a su constitución, defensa y cumplimiento de sus fines.

1) El Estado protege el matrimonio, garantiza la igualdad jurídica de los cónyuges y la patria potestad.

2) El Estado formará la unidad económica familiar de conformidad con lo que una ley especial establezca.

3) El Estado garantiza el bien de familia conforme a lo que una ley especial determine.

4) La atención y asistencia de la madre y el niño gozaran de la especial y privilegiada consideración del Estado”.

³⁵⁴ ÍDEM.

niño, pues dada la condición de minoridad, los derechos del niño están fundamentalmente inmersos en el ámbito de la convivencia doméstica.

C) Evolución del sistema penal

Dada la diversidad de proyectos de codificación penal argentinos en los cuales se hace referencia a la materia de menores, se hará mención de los más importantes, siguiendo el estudio de NAVAS RIAL, en orden cronológico.³⁵⁵

El primer gran antecedente fue la Ley de Patronato de Menores n° 10.903, seguida por el Código Penal de 1921, disposiciones que luego fueron sustituidas por la denominada “ley ómnibus” n° 14.394. Posteriormente, destacan las reformas integrales del Código Penal atribuidas a Sebastián Soler (Proyecto de 1960, y leyes 17.567 y 21.338), y el dictado de la ley 22.278, sancionatoria del “Régimen Penal de Menores”, el cual ha sido sometido a reformas parciales mediante las leyes 22.803, 23.264 y 23.742.

1) Proyecto de Código Penal de Carlos Tejedor

Hace referencia el autor en primer sitio al proyecto de Código Penal de Carlos Tejedor. Éste incluía en la primera parte, presentada para su sanción ante el Congreso Nacional en 1865, en su título 3°, disposiciones sobre régimen penal de menores, básicamente inspiradas en las instituciones españolas, pero también en la doctrina francesa, en los comentarios de Pacheco al Código español de 1848 y en la parte general del Código de Baviera. Fijaba el límite mínimo de imputabilidad en los 10 años; el menor de edad quedaba exento de pena y sólo podía ser entregado a corrección doméstica de sus superiores, sin perjuicio de la cooperación y la vigilancia de la autoridad. Se concebía una segunda categoría de menores, entre los 10 y los 14 años. En estos casos, se encomendaba al juez determinar si el menor que delinquiró era o no capaz de imputabilidad. De no serlo, procedía la exención de pena. Si resultaba capaz, podía ser castigado por crimen voluntario con prisión de dos meses a un año, que se podía gravar, según las circunstancias, con trabajos forzados en la prisión. A partir de los 14 años, el menor era castigado, pero con pena atenuada hasta los 18 años.³⁵⁶

El régimen carcelario separaba a los menores de los demás condenados. El menor debía recibir educación moral y religiosa apropiada a sus años. Los delitos por culpa o imprudencia no traían aparejada pena hasta los 18 años.

2) Proyecto de Villegas, Ugarriza y García

³⁵⁵ IDEM.

³⁵⁶ IDEM.

En segundo lugar, alude el penalista al Proyecto de Villegas, Ugarriza y García, de 1881, que consagraba la exención total de los menores hasta los 10 años; elevaba entre 10 y 15 años la etapa intermedia, pero con la condición de que el “Menor no tuviese discernimiento”. La 3a etapa correspondía a los menores entre los 15 y los 18 años de edad, en que el menor era responsable, pero las penas eran atenuadas.

3) Código Penal de 1886

Con respecto a la ley 1920, que consagra el Código Penal de 1886, indica el profesor argentino la fuerte crítica que suscitó la exigencia de discernimiento para sancionar a un menor de entre 10 y 15 años, recogida del Proyecto de 1881, y el hecho de que el juez no tuviese otra opción que condenar o absolver, de modo que, si se aseveraba la falta de discernimiento, el menor era, lisa y llanamente, puesto en libertad. Como dato adicional, agrega que dicha norma excluía expresamente a los menores de ser sometidos a pena de muerte, que consagraba para los mayores.³⁵⁷

4) Proyecto integral de Código Penal de 1891

Según relata NAVAS RIAL, ante las numerosas críticas que recibió el Código de 1886, se elabora un proyecto integral de Código Penal en 1891, cuya autoría se atribuye a Rodolfo Rivarola, José Nicolás Matienzo y Norberto Piliero. En este proyecto se eleva el límite de inimputabilidad a 14 años. Con relación a los ataques al Código Penal de 1886, NAVAS RIAL refiere las siguientes correcciones.³⁵⁸

a) Si el menor de 14 años que era absuelto resultaba peligroso, atendiendo a circunstancias personales y de la causa, lo que desaconsejaba su entrega a padres o responsables, el juez podía ordenar su colocación en un establecimiento agrícola, industrial o de enseñanza, destinado a la corrección de los menores, del cual no podía salir antes de los 18 años, sino mediante resolución judicial y previo informe sobre su buena conducta, proporcionado por la dirección del establecimiento.

b) El menor de 14 años no se eximía de responsabilidad por ausencia de discernimiento, en el sentido de apreciación de la moralidad o inmoralidad de los propios actos, que suele comenzar a los 10 años.³⁵⁹

³⁵⁷ IDEM.

³⁵⁸ IDEM.

³⁵⁹ “ (...) Un menor de 14 años en virtud de sus cualidades personales diversas, de su desarrollo incompleto, de su escasa fuerza para resistir a las tentaciones, de los cambios que en él se han de operar necesariamente y de la serie de datos positivos que lo diferencian de los mayores de edad - aunque comprenda la criminalidad del acto y lo ejecute a designio- no podrá ser equiparado a un adulto para responsabilizarlo de igual manera y someterlo a la misma penalidad (...) los menores

El proyecto arbitraba dos tipos de soluciones al respecto, cuando el menor era absuelto por minoridad: a) la entrega a sus padres o guardadores sí, por las condiciones personales de éstos y las circunstancias propias de la causa, la medida no resultare peligrosa; b) si resultaba peligrosa, el juez debía entregar los menores a establecimientos agrícolas, industriales, o de enseñanza, para corregirlos.³⁶⁰

5) Proyecto de Código Penal de 1906

En 1906, cuenta el autor, se presenta un nuevo proyecto redactado por Francisco Beazley, Cornelio Gacitúa, Roberto Piñero, Rodolfo Rivarola, José María Ramos Mejía y Diego Saavedra, que establece un sistema similar al del proyecto anterior, con correcciones de detalles.³⁶¹

6) Proyecto de Código Penal de 1917

Tomando como antecedente los dos proyectos precedentes, y por iniciativa del diputado nacional Rodolfo Moreno, se forma una Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria en la Cámara de Diputados, la cual debía requerir el parecer de magistrados y profesores universitarios sobre el proyecto de 1906. Según relata el catedrático argentino, la comisión recibió dictámenes de los juristas Julio Herrera, Octavio González Roura y Juan P. Ramos, tuvo especialmente en cuenta los anteproyectos suizo, austriaco y alemán, preparó un proyecto nuevo y produjo despacho en 1917, que, aprobado por la Cámara de Diputados, pasó al Senado en 1919. El Senado le introdujo reformas, con las que volvió a Diputados. La Cámara de Diputados insistió en el proyecto original y se impuso con las dos terceras partes de los votos previstos en la Constitución, haciendo prevalecer su criterio.³⁶²

de 14 años son declarados absolutamente incapaces por el código civil, no pueden ni deben estar sujetos a las penas establecidas para los adultos (...) Por eso y en ese sentido los declaramos irresponsables. Pero ello no quiere decir que no deba adoptarse medida alguna en resguardo de la sociedad y en bien de los impúberes. Sería y es tan deplorable y pernicioso dejar a esos menores completamente liberados a si mismos y en situación de cometer nuevos hechos criminosos y de adquirir el hábito del delito, como declararlos responsables a la par de los adultos e imponerles un medio represivo inadecuado (...)"

³⁶⁰ IDEM.

³⁶¹ IDEM.

³⁶² Destacan varias observaciones de la Comisión, extraídas de la exposición de motivos:

1) de Rodolfo Rivarola, al Código de 1886, pues incurría en contradicción al fijar la incapacidad penal en 10 años, cuando la incapacidad absoluta civil la establecía en 14 años. Porque la responsabilidad del menor de 15 se hacía depender del discernimiento cuando un menor de 10 podía tenerlo. Porque el menor irresponsable era devuelto a la sociedad sin importar que fuese, o no, peligroso. En fin, que el discernimiento es, en sí mismo, un término impreciso, alude a una capacidad cuyos alcances no son fáciles de describir, y las personas pueden diferir acerca de ellos.

7) La Ley de Patronato de Menores

El 19 de septiembre de 1919 se sanciona la ley 10.903, conocida como Ley de Patronato de Menores, que nace, según relata NAVAS RIAL, mientras se sometía a arduas discusiones el proyecto de nuevo Código Penal, merced a la insistencia tenaz del médico argentino Dr. Luis Agote. Inspirada en la legislación de menores del Estado americano de Utah, la ley abarca aspectos civiles, tutelares y penales, en muchos aspectos hoy vigente.³⁶³

Destaca de esta norma la implantación de una función pública estatal de superintendencia de todos los menores en el territorio nacional argentino, a ejercer por los jueces nacionales o provinciales, con la concurrencia del Consejo Nacional del Menor y equivalentes en el orden provincial, y Ministerios Públicos de la Nación y las provincias, con miras “a la salud, seguridad, educación moral e intelectual del menor, proveyendo a su tutela” (art. 4°). Esta, explica Horacio VIÑAS,³⁶⁴ pretende ser integral, sobre todo menor, de índole civil e independiente de la regulación penal de ilícitos de menores, y la función insoslayable asignada al Estado, de todos modos, es subsidiaria y respetuosa de la prioridad de facultades atribuida a la autoridad familiar. Ante una situación de abandono, aparece la labor preventiva y protectora del Estado, con miras a apartar aquellos escollos que impidan la sana formación y educación del menor, o que facilite que aquel siga el camino delictivo.³⁶⁵

La Ley, agrega, crea una competencia mixta administrativo-judicial: los jueces deben estar informados de todo ingreso de menores en cualquier establecimiento de Patronato (art. 9), ya para el contralor jurisdiccional, ya para atender reclamaciones de menores relacionadas con las medidas adoptadas, o a adoptar, por los organismos administrativos. Tales organismos quedan habilitados para suspender o hacer perder, incluso, la patria potestad, y tales medidas pueden ser revisadas y/o modificadas por los tribunales.³⁶⁶

2) de Jorge Coli, quien había hecho aprobar proposiciones en el contemporáneo Congreso Penitenciario, celebrado en Buenos Aires en 1914; sostuvo que ninguna cuestión más grave que la delincuencia de menores se presentaba a la consideración de ese Congreso.

3) de Juan P. Ramos, quien se había ocupado, de modo especial, de analizar los anteproyectos austriaco, suizo y alemán, que proporcionaban una muy variada gama de opciones de tratamiento de menores, y que la comisión no pudo acoger “por razones prácticas y carencia de instrucciones adecuadas”.

³⁶³ IDEM.

³⁶⁴ VIÑAS, Raúl Horacio. **Delincuencia juvenil y Derecho penal de menores**. Ediar, Buenos Aires, Argentina, 1983, pp. 225-226.

³⁶⁵ IDEM.

³⁶⁶ IDEM.

El artículo 21 del ordenamiento en comento define el abandono material o moral o peligro moral como “la incitación por los padres, tutores, o guardadores a la ejecución por el menor de actos perjudiciales a su salud física o moral; la mendicidad o la vagancia por parte del menor, su frecuentación a sitios inmorales o de juego, o con ladrones, o con gente viciosa o de mal vivir, o que no habiendo cumplido dieciocho años de edad, vendan periódicos, publicaciones, u objeto de cualquier naturaleza que fueren, en las calles o lugares públicos o cuando en esos sitios ejerzan oficios lejos de la vigilancia de sus padres o guardadores o cuando sean ocupados en oficios o empleos perjudiciales a la moral o a la salud.” Siguiendo el modelo tutelar, la Ley señala en el artículo 14 que los jueces “ante quienes comparezca una persona menor de 18 años, acusado o como víctima de un delito, deberán disponer preventivamente de ese menor si se encontrase material o moralmente abandonado o en peligro moral”; asimismo, prevé en el numeral 15 que, aun en caso de sobreseimientos provisorios o definitivos de menores o absoluciones, los jueces de lo penal “podrán disponer del menor por tiempo indeterminado, y hasta los 21 años de edad, si se hallare material o moralmente abandonado o en peligro moral”.³⁶⁷

La ley encomendaba al Poder Ejecutivo elaborar un plan de construcción de escuelas especiales para menores abandonados o expuestos, de establecimientos para detención preventiva de menores delincuentes o de mala conducta, y de reformatorios. En escuelas y reformatorios debía regir el sistema de trabajo de talleres y agrícola, como elemento educativo y formativo de los menores, quienes a su vez se beneficiaban con una parte de los ingresos. De acuerdo con el artículo 22 dichos establecimientos se denominaban colonias-escuelas y colonias-reformatorios. El artículo 23 disponía que los asilos, las escuelas primarias gratuitas, generales y especiales, como las de enseñanza técnica, debían recibir un número determinado de menores enviados por los jueces, según la reglamentación.

El artículo 9 estipulaba que el Ministerio Público de Menores debía vigilar a aquellos menores sometidos a distintas clases de medidas y, una vez cada tres meses, por lo menos, inspeccionar los establecimientos públicos y privados donde se hallaren, oír a los menores y recibir reclamaciones.

El artículo 10 facultaba a los Defensores para recibir las demandas por violación a la Ley Tutelar.

8) Código Penal

El siguiente ordenamiento con influencia en la materia de menores es el Código Penal argentino, sancionado el 30 de septiembre de 1921, promulgado el 29 de octubre del mismo año bajo número de ley nacional n° 11.179, y con vigor a

³⁶⁷ IDEM.

partir del 29 de abril de 1922. En su texto original, el Código Penal contenía en los artículos 36 al 39, disposiciones explícitas relativas a la minoridad en relación con el delito, lo que implicaba un tratamiento diferenciado de los menores respecto de los delincuentes adultos, atendiendo principalmente a sus edades y características.³⁶⁸

a) El artículo 36 establecía que no era punible el menor de catorce años, determinando más adelante qué régimen especial debía serle aplicado, siempre que de las circunstancias de la causa y de las condiciones personales del agente, de sus padres, tutores o guardadores, resultara peligroso dejarlo a cargo de ellos.

b) El artículo 37 fijaba qué reglas debían ser aplicadas para con los menores vinculados al delito cuyas edades oscilaban entre los 14 y los 18 años.³⁶⁹

c) El artículo 38 señalaba que el menor de 18 años no podía ser declarado reincidente.

d) El artículo 39 otorgaba al tribunal de la causa la facultad de privar a los padres de la patria potestad y a los tutores de la tutela, o de disponer un cambio de guardadores.³⁷⁰

9) Ley 14.394

El 14 de diciembre de 1954 se sanciona la ley 14.394, modificatoria del Código Penal. La ley derogó los artículos 36 a 39 del Código Penal y elevó el tope mínimo de la imputabilidad hasta los 16 años de edad.

De acuerdo con NAVAS RIAL, sólo los trece primeros artículos de esta ley se encontraban dedicados a asuntos penales, en tanto que el resto de su articulado contemplaba disposiciones preferentemente de derecho civil, entre ellas las expresamente destinadas a la consagración del denominado “bien de familia” como sistema especialmente protectorio de cierta propiedad inmueble, por su identificación con el lugar de vivienda permanente del grupo familiar.³⁷¹

³⁶⁸ IDEM.

³⁶⁹ Sobre el límite de edad establecido, se señala en la exposición de motivos:

“La ley tiene que ser en ese sentido una previsión que tenga en vista las circunstancias del mayor número. Todos los individuos tienen distintas modalidades; unos con más promesas que otros y en unos se desarrollan las facultades más temprano que en los demás. Dejar eso librado a un examen en cada caso sería peligroso, inconveniente y complicado. Por eso es mejor que la ley -y eso es por otra parte el consenso general- fije un límite a partir del cual, se entiende que el sujeto puede ser imputable”.

³⁷⁰ IDEM.

³⁷¹ IDEM.

Recalca el autor, la consagración de distintos regímenes según la edad del menor, a saber: a) menos de 16 años; b) de 16 a 18 años y c) de 18 a 22 años.

a) Menores de menos de 16 años: Se establece que, frente a ellos, la “autoridad judicial competente”, es decir, el juez de la causa, debe seguir una serie de pasos:

1. comprobar el hecho;
2. tomar conocimiento personal y directo del menor, padres, tutor o guardador;
3. ordenar, por medio de los organismos especiales de menores, nacional o provinciales, los informes necesarios para el estudio de la personalidad del menor y sus condiciones familiares y ambientales;
4. de ser necesario, podrá disponer la internación del menor, sólo el tiempo indispensable para un mejor examen y facilitar la adopción del régimen adecuado;
5. si los estudios anteriores demuestran que no hay problemas de conducta o ambientales, podrá dejarlo libremente en poder de los padres, tutores o guardadores, o bajo régimen de libertad vigilada. En caso de abandono o problemas de conducta, el juez ordenara la internación en un establecimiento adecuado.³⁷²

b) Menores, de 16 a 18 años: Establecía que estos menores serían sometidos a proceso, siempre que el delito superase el año de prisión, y no fuese de acción privada o tuviese sanción de multa o inhabilitación. Aun así, mandaba aplicar las reglas de tutela establecidas para los menores inimputables.

Cuando estos menores hubieran cumplido los 18 años de edad, y el juez hubiera decidido su internación en la época de comisión delictiva, las autoridades nacionales o provinciales responsables de la internación debían rendir al juez un informe completo sobre el menor. Si de las conclusiones del informe en cuestión, modalidad del hecho, e impresión directa del juez, surgía la necesidad de aplicar una sanción, el juez procedía a fijarla, pudiendo reducir el monto, teniendo para ello en cuenta los parámetros determinados para la tentativa. El menor, si bien era punible desde los 16 años cumplidos, sólo resultaba acreedor de una pena privativa de libertad bajo las siguientes circunstancias:

- que hubiere cumplido los 18 años de edad;

³⁷² IDEM.

- que el delito cometido estuviere sancionado con pena privativa de libertad superior al año de prisión, por delito de acción pública y no punido con multa o inhabilitación;

- que si se hallare internado hubiere cumplido un año en dicha situación o idéntico plazo bajo tratamiento tutelar;

- que el informe proporcionado por las autoridades del instituto de internación fuere desfavorable;

-que la impresión personal recogida por el juez al momento de la entrevista fuere desfavorable a negativa, aconsejando (junto con las otras pautas) la imposición punitiva.³⁷³

La ley confiere al juez de la causa una serie de atribuciones especiales para la protección del menor, tanto en lo relacionado con la salud física como con la salud psíquica. Esta protección se extiende aun a aspectos que conforman el status civil del menor, entre ellos la patria potestad, la tutela, la guarda, la internación, y la educación. Para estos menores, la ley mandaba aplicar la sanción en establecimientos especiales de la Nación a las provincias, pasando a establecimientos para adultos una vez cumplida la mayoría de edad, la cual, según refiere NAVAS RIAL, al momento de la sanción de la ley 14.394 era de 22 años. La ley 17.711 del año 1968 redujo la mayoría de edad de 22 a 21 años, modificando el artículo 128 del Código Civil.³⁷⁴

c) Menores, de 18 a 22 años: En este caso, son plenamente punibles; sin embargo, el menor de este grupo que deba ser sometido a pena privativa de libertad será alojado en establecimientos especiales de la Nación o de las provincias, o en secciones especiales de establecimientos para mayores.

NAVAS RIAL refiere que, en general, las normas contenidas en la ley 14.394 han sido claras y elásticas. Sin embargo, señala, su dilatada aplicación no ha resultado exenta de diversos problemas de índole interpretativo. Entre ellos, determinar si el sistema del Código Penal argentino crea un nuevo tipo de imputabilidad específica para menores, o los abarca en el concepto científico general del Código.³⁷⁵

Al respecto, afirma NAVAS RIAL, en coincidencia con la doctrina y la jurisprudencia imperantes, el menor no escapa a la regla general, es decir, de la acción típica antijurídica y culpable, o de la culpabilidad, como base para atribuirle responsabilidad. Aun así, en el sistema queda totalmente exento de pena cuando

³⁷³ IDEM.

³⁷⁴ IDEM.

³⁷⁵ IDEM.

tiene menos de 16 años de edad. Dado que la ley en su artículo 3º excluye a los menores de penalidad en los casos de delitos de acción privada, o de pena de un año o menos de prisión, o con multa o inhabilitación, explica NAVAS RIAL que algún sector doctrinario sostuvo que ello implicaba una forma intermedia de imputabilidad para los menores de entre 16 y 18 años de edad; a lo cual se ha contestado que la norma tampoco se aparta del sistema general de capacidad de culpabilidad, según el cual, dada una condición biológica plena, cabe probar que fue ejercida en plenitud al momento del evento criminal. Ello, por cuanto al menor de 16 a 18 años no se le pide ninguna suerte de prueba especial en orden a los delitos contemplados en el mentado artículo 3º de la ley 14.394. Dicho en términos categóricos, sigue NAVAS RIAL, la regla de exención de pena no se funda en el problema de la existencia o no de madurez en el menor, sino atendiendo a la menor gravedad del hecho y a especiales razones de política criminal o legislativa, las cuales se traducen en la consagración de una presunción *iuris et de iure*.³⁷⁶

Otra controversia a la cual alude el tratadista sudamericano, es la suscitada por una parte de la doctrina al afirmar que en el ordenamiento legal argentino el menor se hallaba sustraído del Código Penal. Al respecto, comenta que la intención propiciatoria no alcanza para excluir a los menores de dicho sistema, en tanto para captar el sentido de la norma no puede prescindirse de acudir a los conceptos y demás institutos previstos en el Código Penal. A ellos debe acudir el juez para poder determinar, por ejemplo, los conceptos de delito, de pena, de imputabilidad, entre muchos otros, lo que impide, agrega, de momento, aceptar tales apreciaciones más allá de un generalizado reclamo de un sector importante de la doctrina con miras a obtener un total apartamiento de aquél.

Por último, NAVAS RIAL menciona que la redacción del artículo 12 de la ley 14.394, en tanto señalaba que “las normas precedentes se aplicaran aun cuando el menor fuere emancipado por matrimonio o por otra causa legal”, llevó a que algunos tribunales se negaran a aplicar la ley de mentas a quienes hubieran llegado a la mayoría de edad, aunque en la época de comisión delictiva hubieran sido menores. Interpretación que en concordancia con ELBERT,³⁷⁷ considera lisa y llanamente descabellada.³⁷⁸

10) Ley 21.338

Respecto a esta ley, obra del gobierno de facto surgido el 24 de marzo de 1976, escribe el profesor de la Universidad de Buenos Aires que encaró una modificación integral del Código Penal, agravando en general las penalidades contenidas en su predecesor, y reiterando parcialmente algunas disposiciones

³⁷⁶ IDEM.

³⁷⁷ ELBERT, Carlos Alberto. **La situación del menor sometido a proceso penal**. Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1978, Biblioteca de Ciencias Penales n° 2, p. 12.

³⁷⁸ Cfr. NAVAS RIAL, Claudio Roberto. op. cit., pp. 130 y ss.

contenidas en la ley 17.567, en base a un proyecto de los Sres. Sebastián Soler, Carlos Fontán Balestra y Eduardo Aguirre Obarrio. Modificó los artículos 1, 3, 4, 5, 8, 9 y 10 de la ley 14.394, aumentando el límite de punibilidad de los menores, volviendo a los 14 años de edad del sistema original del Código de 1921. Los regímenes aplicables, quedaron conformados entonces en tres categorías,³⁷⁹ a saber: a) menores, de menos de 14 años; b) menores, de 14 a 16 años y c) menores, de 16 a 21 años.³⁸⁰

Si bien la reforma impuesta por la ley 21.338 parecía clara y sencilla (sólo reducía las edades para las distintas etapas contenidas en la ley 14.394), mostró serios problemas de aplicación difíciles de resolver; como ejemplo, señala el penalista en comentario el caso de un menor que al momento del delito tenía 16 años cumplidos y menos de 18, las preguntas eran: ¿Quién debía juzgarlo? ¿Se podían aplicar al mismo las medidas tutelares, hasta la mayoría de edad, de los arts. 7° y 11° de la ley 14.394? ¿Mantenía vigencia el artículo 14 de la ley 10.903, en la prohibición de dictarles prisión preventiva y mantener las funciones de Patronato? Ante el vacío legal, la Cámara del Crimen de la ciudad de Buenos Aires dispuso que en estos casos debían entender los jueces de instrucción y de sentencia de mayores. Respecto de las restantes cuestiones, NAVAS RIAL divide las opiniones de la doctrina en dos vertientes:³⁸¹

a) los que sostuvieron que las reformas de la ley importaban innovar sobre la ley 14.394, y que quien cumplía 16 años quedaba sometido a la ley penal y sujeto a eventual prisión preventiva, y que, en caso de absolució, no era viable el tratamiento tutelar;

b) quienes entendieron que los jueces conservaban las facultades tuitivas, dado que ello encontraba amparo en la ley 10.903, que establecía el régimen de Patronato, mientras que las leyes 14.394 y 21.338 sólo apuntaban a la faz penal, no pudiendo desnaturalizar el objeto de la primera.

11) Ley de Menores n° 22.278

Esta nueva ley es sancionada el 25 de agosto de 1980, imponiendo un Régimen Penal de Menores identificado teleológicamente con las disposiciones de la ley 14.394. Sin embargo, de inicio mantuvo el límite de no punibilidad absoluta, dentro de los parámetros de la severísima ley 21.338; es decir, menos de 14 años,

³⁷⁹ a) los menores, de menos de 14 años, son absolutamente no punibles;

b) los de la etapa intermedia conforman el segmento de lo que se diera en llamar “imputabilidad disminuida”, al que se aplica un sistema mixto de medidas reeducativas y sanciones moderadas;

c) la tercera categoría se considera plenamente responsable.

³⁸⁰ IDEM.

³⁸¹ IDEM.

en vez de menos de 16. Entre los aspectos que sugiere NAVAS RIAL como sobresalientes de la ley 22.278 enumeramos los siguientes:³⁸²

1) Menores inimputables. Se declara no punibles a aquellos menores que aún no han cumplido los 14 años de edad al tiempo de comisión del ilícito. Se vuelve a la terminología del derogado artículo 36 del Código Penal de 1921.

2) Situación de otros menores no punibles. Consagra la no punibilidad de los menores con menos de 14 años, y que además amplía el elenco de delitos frente a los cuales el Estado resigna su facultad de persecución. Los menores de 18 años no pueden ser sometidos a proceso por aquellos eventos que se encuentren reprimidos con pena de multa, inhabilitación o prisión que no exceda de dos años o por aquellos delitos que sean perseguidos por medio de acción privada.

En ejercicio del “ius puniendi”, el Estado resigna su facultad teniendo en cuenta, por una parte, la escasa trascendencia social atribuible a aquellos delitos, y, por otra, que al haber sido cometidos por menores de 18 años, su represión resulta desaconsejable, y más beneficiosa la aplicación de un tratamiento tutelar que permitiera reencausar al menor que no estuviere adaptado al medio social al cual pertenezca.

Con ello, menciona el autor, se amplía el ámbito de no punibilidad, considerando, por supuesto, los parámetros establecidos al Código Penal por la ley 21.338, que había endurecido el panorama punitivo del Código en general.

3) Elección de los topes de edad. A juicio de NAVAS RIAL, la única virtud apreciable del tope punitivo mínimo exigido pareciera ser que el mismo coincide con el adoptado por el Código Civil para diferenciar a los menores impúberes de los menores adultos (art. 127 CC), dado que el mismo cuerpo legal (art. 54) prevé la incapacidad absoluta de los primeros. En lo demás, argumenta, no se entiende por qué preferir los 14 a los 16 como límite. Más aún cuando nada se dice en la nota que acompaña al proyecto de ley, sobre dicha elección.³⁸³

4) Situación de los menores de 18 años que hubieren cometido un evento antes de la entrada en vigencia de la ley, ahora comprendido en las pautas de “resignación o renuncia a la potestad punitiva”. En este apartado, señala NAVAS RIAL que la jurisprudencia de entonces, frente a casos similares, adoptó dos soluciones disímiles. Una de ellas sostuvo que los procesos incoados al tiempo de iniciarse las actuaciones en trámites sustanciados por alguno de aquellos delitos que, en virtud de la ley 22.278, integraban el catálogo de ilícitos respecto de los

³⁸² IDEM.

³⁸³ IDEM.

cuales el Estado declaraba su renuncia a la potestad represiva, conservaban su valor, pero cabía la absolución del imputado, con base en la nueva disposición.³⁸⁴

Otra corriente jurisprudencial entendía que cabía declarar írrito todo lo actuado, al tratarse de una nulidad de orden público. El autor que venimos comentando, si bien se inclina por la absolución del imputado, entiende que la misma resulta procedente, no por estar viciados los actos, sino por la simple aplicación del principio de legalidad, que manda estar por “la retroactividad de la ley penal más benigna o favorable al reo”, que se desprende de lo dispuesto por el artículo 18 de la Constitución Nacional argentina y el artículo 2 del Código Penal del mismo país.³⁸⁵

5) Régimen de los menores de 14 a 18 años. La nueva ley instituye una categoría intermedia de menores, ubicada entre aquellos que declara no punibles y quienes se encuentran sometidos al sistema sancionatorio ordinario (art. 2°) que, aunque plenamente imputables, se encuentran sujetos a un régimen represivo específico. Esta categoría se integra por aquellos que, habiendo cumplido los 14 años de edad, no hayan cumplido los 18 al momento de perpetrar el delito; excepto, por supuesto, que dicho evento sea de aquellos que por el monto de la pena, o su especie o forma de persecución, se hallen comprendidos en la previsión del artículo 1°, primer párrafo de la ley.³⁸⁶

³⁸⁴ IDEM.

³⁸⁵ IDEM.

³⁸⁶ NAVAS RIAL señala los siguientes supuestos aplicables al caso de estos menores:

Sentencia Condenatoria.-

La ley prevé tres requisitos como exigencia para que el juez dicte sentencia condenatoria a estos menores:

1ª exigencia: Es presupuesto ineludible de toda condenación la previa declaración de responsabilidad penal del menor encartado, esto es, la acreditación del delito y la intervención que en él es atribuible al menor.

2ª exigencia: Que el menor haya cumplido los 18 años al momento del dictado condenatorio. Funciona como garantía en interés del menor, puesto que el interés represivo debe ceder a aquel, a los fines de la recuperación y reinserción del menor al medio, lo que se corresponde con que el mismo haya sido sometido a tratamiento tutelar por un período no inferior a un año. Este último recaudo puede ser obviado cuando por la edad del procesado sea imposible su observancia (ejemplo: si el proceso se inicia o prosigue cuando está próximo a cumplir los 21 años de edad, o luego que haya superado ese tope).

3ª exigencia: Fundada necesidad de imponer sanción penal al sujeto, que deberá surgir de una evaluación del comportamiento del menor y tendrá en cuenta las pautas señaladas en la ley. Esta decisión “necesaria”, de la que habla el art. 4° ley 22.278, encuentra fundamento en la peligrosidad del menor.

Sentencia absolutoria.-

La ley 22.278 prevé ciertas situaciones que conllevan a la absolución del imputado, dentro de este régimen que va de los menores de 14 a 18 años.

1ª situación: cuando el fallo determine que no se ha acreditado debidamente el delito o la intervención que en el mismo cupo al menor, el juez debe resolver sobre la disposición tutelar poniendo fin a la causa.

12) Menores de entre 18 y 21 años de edad

Esta tercera categoría de menores es ampliamente alcanzada por el régimen penal común, salvo en cuanto a la ejecución de la pena privativa de libertad, que, por imperio de lo dispuesto por el artículo 10° de la ley 22.278, se hará efectiva en establecimientos especializados. Si alcanzaren la mayoría de edad durante la ejecución, la misma pasará a hacerse efectiva en institutos para adultos.³⁸⁷

13) Ley 22.803

Sancionada el 5 de mayo de 1983, modificó dos artículos de la ley 22.278 en los siguientes puntos específicos: a) La inimputabilidad absoluta se extendió hasta los menores de menos de 16 años; b) Desde los 16 hasta los 18, se extendió el período en el cual son sometidos a proceso, con las consecuencias previstas en los artículos 3° y 4° de la ley 22.278, no modificados.³⁸⁸

Para comentar este precepto, NAVAS RIAL cita a la Comisión de especialistas y representantes de la Subsecretaría del Menor y la Familia, la cual se mostró partidaria de la tesis más benigna.³⁸⁹ Partiendo de ello, NAVAS RIAL alude a la parte de la doctrina que no está de acuerdo en seguir distinguiendo diferentes

2ª situación: cuando el menor haya sido encontrado penalmente responsable, y transcurrido un año como mínimo de observación tutelar, que ponga en evidencia su falta de peligrosidad -entendida como probabilidad de que cometa nuevos delitos- y el grado de adaptabilidad social, el juez podrá absolver inmediatamente al encartado, sin necesidad de que este cumpla los 18 años de edad.

Reincidencia.-

La ley 22.278 prevé en su artículo 5° una hipótesis absolutamente inaplicable: la reincidencia exige como requisito ineludible el pronunciamiento de una sentencia condenatoria definitiva anterior al episodio mismo que origina el segundo proceso, la que siempre se hallará ausente si el encausado no cumplió los 18 años de edad, en virtud de lo dispuesto por el artículo 4°, inciso 2°, que estipula que la imposición de pena respecto del menor de 14 a 18 años de edad estará supeditada a los siguientes requisitos: "(...) 2°- que haya cumplido dieciocho (18) años de edad (...)" De modo que el menor será siempre reiterante, más nunca reincidente, desde este supuesto.

Ejecución.-

En lo que atañe a la ejecución de penas privativas de libertad impuestas a menores, el nuevo régimen ordena su cumplimiento en establecimientos especializados. Ello, hasta alcanzar la mayoría de edad.

³⁸⁷ IDEM.

³⁸⁸ IDEM.

³⁸⁹ "La posible condena a menores que cometieren delitos entre los 14 (catorce) y los 16 (dieciséis) años se contrapone con las características integradoras de la personalidad que es dable observar en ese lapso. La comprensión de lo ilícito, la aptitud intelectual -dependiente de un mayor y rápido proceso de aprendizaje- y una más temprana actividad socializadora, son elementos que deben ser analizados dentro del campo que ofrece la inmadurez de aquellos que no han convivido lo suficiente como para afrontar con responsabilidad los resultados negativos que pudieran causar sus conductas. La posibilidad de ejercitar una tutela eficaz entre los 14 (catorce) y 16 (dieciséis) años permite augurar, dentro de una ponderada esperanza, que el menor superará los conflictos y alcanzará razonablemente la integración de su personalidad".

categorías de menores y atribuir consecuencias jurídicas disímiles con base en simples datos cronológicos, ya a los 14, ya con 16 años; máxime cuando con ello parece restarse apoyo o cuidados al menor.

Ilustrativamente, cita a Raúl VIÑAS, quien discrepa con el criterio en que se apoya la ley 22.803 por las siguientes razones:³⁹⁰

“a) No necesariamente el menor de 14 a 16 años que delinque ha de ser condenado, pero en cambio es conveniente sea sometido a tratamiento no puramente tutelar, sino en el ámbito bipolar de responsabilidad enmienda;

b) puede muy bien ser necesario que algún menor de ese estadio sea pasible de medios correctivos, pena en suspenso y aun pena a cumplir;

c) la enmienda legal viene a favorecer-mas allá de los buenos propósitos del legislador- la inacción e inoperancia total estatal en esa franja entre 14 y 16 años (de singularísima trascendencia en la formación de la personalidad), pues lo que ocurre normalmente es que estos menores, cuando delinquen y especialmente son muy peligrosos, no hay instituto ni ministerio que desee albergarlos y enmendarlos, sino que son devueltos a la calle, en la más absoluta impunidad o carencia de tratamiento”.

Apoyado en dichos comentarios, NAVAS RIAL arguye que cuando los jóvenes necesitan mayores correctivos, parece que el Estado elude tal corrección y, en definitiva, quedan librados a su propia suerte. No pugna sin embargo por una vuelta lisa y llana al sistema protectorio del modo en que fuera concebido, sino más bien por dar al Derecho del Menor la entidad que en realidad merece.³⁹¹

14) Ley 23.264

El 25 de septiembre de 1985 se sanciona la ley 23.264, promulgada el 16 de octubre del mismo año. Compuesta por 22 artículos, instituye un nuevo “Régimen de patria potestad” (modificatorio del Código Civil). Entre las reformas que introduce, se encuentran: Su artículo 1° sustituye a los arts. 77, 131 y 149 del Código Civil; su artículo 2° hace lo propio con el título II de la Sección II del Libro I del Código Civil (arts. 240 a 262), “De la Filiación”; su artículo 3° sustituye la denominación del Título III del Libro Primero del Código Civil por la de “De la autoridad de los padres”; sustituye, mediante el art. 4°, el artículo 264 del Código Civil por los artículos 264, 264 bis, 264 ter, 264 quater; establece el ejercicio conjunto de la patria potestad a favor de padre y madre (reemplazando al tradicional, ejercido únicamente por el padre), definiendo a la patria potestad en el párrafo primero del artículo 264 como “el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos, para su

³⁹⁰ IDEM.

³⁹¹ IDEM.

protección y formación integral desde la concepción de estos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado”.³⁹²

El artículo 5° reforma una serie de normas del Código Civil, estableciendo obligaciones de los padres hacia los hijos y de los hijos hacia los padres. El artículo 6° reglamenta minuciosamente “La Tutela Legal”. Por los arts. 7° y 8°, 9° y 10°, introduce modificaciones en el sistema sucesorio del Código Civil. A través del art. 11°, modifica la ley 2393 de matrimonio civil. En el art. 12°, sustituye el artículo 13 de la Ley 10.903 de Patronato de Menores en los siguientes términos: “La privación de la autoridad o suspensión de su ejercicio no importan liberar a los padres de las obligaciones impuestas por los arts. 265, 267 y 268 del Código Civil si no fueran indigentes”.³⁹³

El art. 13° sustituye el inciso 3 del art. 19 de la ley 14.394; el art. 14°, hace extensivo el nuevo régimen de la patria potestad compartida al sistema de la ley 18.248 de nombre, cuya elección radica ahora en padre y madre. El artículo 20° introduce pequeños cambios en la redacción del artículo 7° de la ley 22.278: “respecto de los padres, tutores o guardadores, de los menores a que se refieren los arts. 1 y 2, el juez podrá declarar la privación de la patria potestad o la suspensión, o la privación de la tutela o guarda, segun correspondiere”.³⁹⁴

15) Ley 23.742

Por esta ley, se agrega, como artículo 3° bis de la ley 22.278, el siguiente texto: “En jurisdicción nacional la autoridad técnico administrativa con competencia en el ejercicio del patronato de menores se encargara de las internaciones que por aplicación de los artículos 1° y 3° deben disponer los jueces. En su caso, motivadamente, los jueces podrán ordenar las internaciones en otras instituciones públicas o privadas”.³⁹⁵

16) Ley 23.849

La ley 23.849 tuvo por finalidad la ratificación de la República Argentina de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Apunta NAVAS RIAL que el reconocimiento de esta Convención, y su “ascensión” a la cúspide de la pirámide, consistente en su incorporación o inclusión en la propia Constitución de la Nación Argentina, resulta ser el disparador que ha tornado obsoleta gran parte de la

³⁹² IDEM.

³⁹³ IDEM.

³⁹⁴ IDEM.

³⁹⁵ IDEM.

legislación infra-constitucional, y constituye “la excusa” para proceder a su total renovación, máxime en lo que respecta al derecho sustantivo.³⁹⁶

D) Evolución de la legislación procesal

Haremos ahora un breve recorrido por la legislación procesal argentina, destacando los aspectos de mayor trascendencia para la materia de menores infractores, en el orden cronológico que expone el mismo NAVAS RIAL.³⁹⁷

1) Etapa del Código de Procedimientos en Materia Penal (ley 2372)

Comenta el profesor argentino que durante la época en que imperó la concepción paternalista (o modelo tutelar) asumida por el Estado argentino, resultaba lógica y coherente la existencia de un único órgano jurisdiccional que fuera el encargado de avocarse a los problemas del menor extendiendo sus cuidados, enseñanzas y asistencia. En este sentido, la ley 10903, fruto de este modelo, deslindaba la competencia de los juzgados civiles en materia de filiación, patrimonial, sucesión, adopción y demás cuestiones civiles, apartándolas del resto de situaciones en que el menor era presa de conflictos de conducta, que asignaba a los juzgados en lo criminal y correccional. Estos abordaban la temática, no sólo de delitos y contravenciones que tuvieran intervención activa de menores, sino que también se hacían cargo de las situaciones de abandono, de peligro material y moral, y de los casos en que los menores resultaban víctimas.

A su tiempo, agrega NAVAS RIAL, el Código Penal de 1921 delimitó la materia del Derecho Penal de los Menores, pero la ley 14.394 retornó a las fuentes de la unificación tutelar, cuyos pasos fueron seguidos por la ley 22.278 y la ley 22.803. Citando a VIÑAS, comenta la importancia de deslindar ambas funciones jurisdiccionales: la tutelar y la penal, puesto que, si bien persiguen fines y orientaciones comunes, suponen distinta formación y especialización, por lo que abarcan tareas de imposible atención, por parte de un solo magistrado, de materias jurídicas y de situaciones fácticas disímiles.³⁹⁸

Así, continúa el tratadista, la jurisdicción especializada en materia de menores se fue concretando de modo sumamente lento, a partir de la imperiosa necesidad, advertida por las provincias, de contar con esos organismos, lo que no era acompañado por las posibilidades presupuestales que, no pocas veces, hicieron postergar o postergan aun hoy esas creaciones. Recuerda el autor que Argentina cuenta con ley de Patronato desde 1919 y que los delitos de menores son tratados por los Códigos desde 1887 y 1921; pero que los primeros tribunales de menores se crearon, por leyes provinciales, en la provincia de Buenos Aires

³⁹⁶ IDEM.

³⁹⁷ IDEM.

³⁹⁸ IDEM.

hasta el año de 1938, en Mendoza en 1939, en Santa Fe en 1939, y en Córdoba por el Código de Procedimientos en lo Penal hasta 1939.³⁹⁹

Por lo que hace a la Capital Federal, la Ley de Patronato facultaba a la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional para designar a uno o más jueces para entender en los procesos a menores y reglamentar el procedimiento; dicho Tribunal, por Acordada del 28 de octubre de 1939, designó un juez correccional, un juez en lo criminal de instrucción y otro juez en lo criminal de Sentencia para atender esa jurisdicción especial. Respecto a la Ley 10903 de Patronato, comenta NAVAS RIAL que incursionó en materia procesal penal, intromisión que fue criticada puesto que invadía facultades reservadas por las provincias; estuvo destinada a ser aplicada en la Capital Federal, en los Territorios Nacionales y aun en provincias que no hubiesen dictado sus propias regulaciones procesales.⁴⁰⁰

Su artículo 14 disponía que los jueces “ante quienes comparezca una persona menor de 18 años, acusado o como víctima de un delito, deberán disponer preventivamente de ese menor si se encontrase material o moralmente abandonado o en peligro moral”. Esta cláusula era complementada con otra, destinada únicamente para la Capital Federal y los territorios nacionales, que establecía que no regían las disposiciones legales sobre prisión preventiva, en materia de menores, a menos que el juez lo considerara necesario. El artículo 15 establecía que, aún en caso de sobreseimiento provisorio o definitivo o absolución del menor, los jueces en lo penal podían disponer del menor por tiempo indeterminado, y hasta los 21 años de edad, si se hallare material o moralmente abandonado o en peligro moral. Los jueces podían imponer a los responsables de la educación o la guarda del menor sanciones pecuniarias o arresto de hasta un mes, o ambas sanciones conjuntas (arts. 16 y 18). El artículo 15 determinaba que los padres o tutores tenían el derecho de interponer recurso de revocatoria contra todo acto de disposición o condena, dentro de los cinco días de notificados; el recurso se sustanciaba en audiencia verbal, y la resolución era apelable en relación. Según indica NAVAS RIAL, al no existir en la época de sanción de la ley, el fuero especial de menores, fue la Cámara en lo Criminal y Correccional quien reglamentó la ley y en quien se delegó su funcionamiento.⁴⁰¹

De acuerdo con el artículo 20, dicha Cámara designaba a uno o dos jueces para atender las causas de menores, reglamentaba las formas de cooperación policial y con los particulares, con establecimientos públicos y privados, tanto para la investigación, como para la dirección y educación de los menores y formas de vigilancia.

³⁹⁹ IDEM.

⁴⁰⁰ IDEM.

⁴⁰¹ IDEM.

Por otra parte, como ya se mencionó, el artículo 9 facultaba al Ministerio Público de Menores a vigilar a aquellos menores sometidos a distintas clases de medidas, y una vez cada tres meses, por lo menos, inspeccionar los establecimientos públicos y privados donde se hallaren, oír a los menores y recibir reclamaciones; y el artículo 10 disponía a los Defensores para recibir las demandas sobre violaciones de la ley tutelar.

Finalmente, relata el escritor en comento, en la Capital Federal pudo organizarse, cuanto menos de modo parcial, una justicia de menores en lo penal integrada por diversas competencias distribuidas entre distintas magistraturas. Hacia el año 1967 funcionaban 3 Juzgados de instrucción de menores, con 4 secretarios, 2 Juzgados correccionales de menores, con 4 secretarias; 2 Juzgados en lo criminal de sentencia para menores, con 3 secretarios; 7 defensores de pobres, incapaces y ausentes; 7 fiscales, 5 asesores de menores e incapaces, un asesor de Cámara. Esta organización funcionaba merced a la normativa que sobre el punto contenían las leyes 7055, 12.327, 14.458, 15.735 y disposiciones complementarias.⁴⁰²

Siguiendo a D'ANTONIO⁴⁰³, observa NAVAS RIAL que las disposiciones de la ley 22.278, con la posterior modificación operada por la ley 22.803, paliaron de algún modo la desventajosa situación en que se encontraba el menor sometido a proceso penal, dado que su situación a lo largo del territorio argentino variaba, según se tratara de lugares en los cuales su conducta era sometida a conocimiento de un magistrado especializado o ante un juez del fuero penal ordinario, que entiende además en causas donde hay imputados mayores y aplica normas destinadas a la delincuencia adulta que lo sitúan en puntos de vista diferentes del que rige la tarea de un juez de menores. Este paliativo se produjo al regular la ley 22.278 un procedimiento especializado aplicable en todos los casos, obligando al juez no especializado a arbitrar medidas de típico contenido tutelar.

De acuerdo a las reglas contenidas en la ley 22.278, y aquellas que adicionalmente tenían en el ámbito de la Capital Federal, territorios nacionales y lugares de exclusiva jurisdicción federal al menor por actor, contenidas en el otrora aplicable Código de Procedimientos en lo Criminal, después llamado Código de Procedimientos en Materia Penal, vigente, por ley 2.372, hasta el año 1992.⁴⁰⁴

⁴⁰² IDEM.

⁴⁰³ D' ANTONIO, Daniel Hugo. **El Menor ante el delito**. Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1992, pp. 168-169.

⁴⁰⁴ Los aspectos más sobresalientes del proceso, a juicio de NAVAS RIAL, son:

a) Artículo 8° de la ley 22.278.- Si el proceso por delito cometido antes de los 18 años comienza o se reanuda después de que el imputado haya cumplido esta edad, debe cumplirse igualmente un año de tratamiento tutelar y amplia información de conducta, pero si alcanzó la mayoría de edad basta la información.

b) Las cuestiones de competencia entre jueces de menores o respecto de otros jueces se resuelven, en primer término, por las Cámaras de Apelaciones (Código de Procedimientos en

2) Sistema del Código Procesal Penal (Ley 23.984)

Respecto al nuevo Código Procesal Penal, comenta NAVAS RIAL que previó por una parte (artículos 28 y 29) autoridades jurisdiccionales especializadas en Derecho penal y menores; y por la otra (artículos 410 a 414) un proceso especial que, bajo la denominación de “Juicio de Menores”, consagraba la existencia de un objeto procesal propio que es el delito (conformado por el hecho y el imputado), al cual se aplican las reglas del proceso común, con las excepciones expresamente consagradas por la normativa en cuestión en las causas seguidas contra menores de dieciocho años, lo que conforma su especial objeto.⁴⁰⁵

1) Consagración de jurisdicción especializada en menores.

El Código instituye Juzgados y Tribunales específicos y fija concretamente la materia y los casos en que deben intervenir (arts. 20 a 29 y 410 a 414). Esta atribución la hace con especial dedicación respecto de los menores, en cuanto para ello quita competencia a los Tribunales del Crimen de mayores cuando, en el artículo 25 del Código, expresa que “los tribunales en lo criminal juzgarán en única instancia de los delitos cuya competencia no se atribuya a otro tribunal”. Señala el penalista, que del cotejo de esta disposición con lo normado en los artículos 28 (Competencia del Tribunal de Menores) y 29 (competencia del Juez de Menores), resulta claro que el codificador opta por atribuir competencia a estos dos últimos, en desmedro del anterior, en todos los casos de intervención delictiva de menores.

Materia Penal art. 44 y siguientes y ley 22.383), y, en último término, por la Corte Suprema (decreto ley 1285/58, art. 24).

c) Ante un delito cometido por un menor, la autoridad policial previene, comprueba el hecho y la participación de aquél, con reservas en atención a la calidad de menor del prevenido (artículo 183 y disposiciones concordantes del Código de Procedimientos en Materia Penal).

d) Artículo 14 de la ley 10903, artículo 689 bis del Código de Procedimientos en Materia Penal según ley 22.277.- El procedimiento debe ser ágil y sencillo. No habrá detenciones ni se dictarán prisiones preventivas. Sin embargo, el juez se encuentra facultado para hacerlas en caso necesario.

e) El juez puede disponer del menor o decretar medidas provisorias de tutela, que no son apelables (inciso 3° art. 689 bis Código de Procedimientos en Materia Penal, reformado por ley 22.277).

f) La imposición de pena y/o la disposición definitiva del menor es apelable libremente por el término de cinco días.

g) Las actuaciones son secretas y se sanciona la publicidad indebida. También son sancionados los padres por malos tratos, negligencias graves o continuadas (leyes 10.903 y artículos 23 y 24).

h) Artículo 4°, ley 22.278.- Ante el Tribunal de Menores que intervenga en sede penal pueden ser ejercidas las acciones civiles reparatorias de daños y perjuicios. El tribunal puede decretar la culpabilidad del menor. Aún cuando exima de pena al menor, puede decretar su responsabilidad civil.

⁴⁰⁵ Cfr. NAVAS RIAL, Claudio Roberto. op. cit., pp. 139 y ss.

A fuerza de ello, parece lógico sostener que dicho principio debe mantenerse inalterable aun en caso de concurrencia delictiva de menores y mayores.⁴⁰⁶

Sin embargo, tiempo después al sancionarse la ley de Organización y Competencia del Poder Judicial de la Nación n° 24.050, su artículo 24 invade la normativa señalada y la elimina, en cuanto invierte el artículo 25 de la ley 23.984, atribuyendo competencia a los Tribunales Criminales de Mayores para conocer y juzgar los delitos cometidos por menores cuando actuaran junto con mayores. Esta invasión, agrega, constituía un verdadero exceso que rompía el sistema del Código Procesal, en desmedro de los propios menores, por lo que la doctrina demandó su inmediata reparación. La ley correctiva n° 24.170 revirtió las cosas, volviendo el sistema tal como quedara originalmente previsto, y comulgando más acabadamente con las disposiciones tutelares contenidas en las leyes 10.903 y 22.278, al agregar al artículo 24 de la ley n° 24.050 el siguiente párrafo: “En el supuesto que en un mismo hecho resultaren imputados mayores y menores, conocerán en las causas los tribunales designados por la presente ley para el juzgamiento de menores.”⁴⁰⁷

Por otro lado, NAVAS RIAL hace referencia a un áspero tema, violatorio para algunos del régimen de fondo consagrado no sólo por el ordenamiento argentino sino por la propia Convención de los Derechos del Niño: la problemática del menor víctima de delitos cometidos por personas mayores de edad. Ese menor que de momento tiene que acudir a un Tribunal de mayores, porque él no ha cometido ningún delito, sino que lo ha soportado.⁴⁰⁸

En esta tesitura, expone el tratadista que el régimen del proceso común sólo prevé la reserva de la audiencia, declinando la publicidad, en forma excepcional y temporaria, en el artículo 363, y admite acompañar al menor en las audiencias en el artículo 80, inciso c). Tratándose del proceso especial de menores, el menor autor de delito se encuentra plenamente protegido hasta en el detalle de las audiencias, en su secreto, en su asistencia obligada (arts. 410 a 413 CPP).

Sin embargo, la normativa señalada alude siempre al menor como autor de delito y nada dice respecto del niño en función de víctima. Más aún cuando el Código Procesal y demás leyes instrumentales aluden a atribución de competencia, teniendo en miras únicamente la comisión delictiva. De modo tal, que a juicio de NAVAS RIAL, el menor víctima de un delito deberá ventilar la cuestión frente un Tribunal de mayores y mediante el procedimiento ordinario, lo que de algún modo lo deja en cierta situación de desamparo.⁴⁰⁹

⁴⁰⁶ IDEM.

⁴⁰⁷ IDEM.

⁴⁰⁸ IDEM.

⁴⁰⁹ IDEM.

2) Procedimiento.⁴¹⁰

El Código Procesal destina los artículos 410 a 414 al “juicio de menores”. En el artículo 411 se indica que la detención y el alojamiento del menor sólo procederá cuando hubiere motivos para presumir que no cumplirá la orden de citación o que intentará destruir los rastros del hecho, o se pondrá de acuerdo con sus cómplices, o inducirá falsas declaraciones. En tales casos, el menor será alojado en un establecimiento o sección especial, diferentes a los de los mayores, donde se le clasificará según la naturaleza y el modo de ejecución del hecho que se le atribuye, su edad, desarrollo psíquico y demás antecedentes y adaptabilidad social. Toda medida se adoptará previo dictamen del asesor de menores.

El artículo 412 enumera las “medidas tutelares” orientadas a preservar la persona y los intereses del menor durante el desarrollo del juicio. Indica que se evitará, en lo posible, la presencia del menor en los actos de la instrucción, y que se observará lo dispuesto en el artículo 76: “cuando el imputado fuere menor de dieciocho años, sus derechos de parte podrán ser ejercidos también por sus padres o su tutor”. En los párrafos segundo y tercero, el artículo 412 alude a las facultades de disposición provisional que tiene el Tribunal y a la posibilidad de entrega del menor en guarda. Se contempla la designación de un delegado para que ejerza la protección y la vigilancia directa del menor, debiendo informar periódicamente al tribunal sobre conducta y condiciones de vida de éste. Dicha guarda debe ser sometida al contralor del Tribunal, por intermedio de los profesionales del servicio social que corresponda, a efectos de que aquel permanezca informado sobre la evolución del menor. Igual información recabará de los encargados de los Institutos a cuyo cargo quede el menor. Estos informes pueden ser expresamente solicitados al efecto cuando el Tribunal así lo considere, o fijarse de antemano la periodicidad con la cual serán elevados.⁴¹¹

En el artículo 413 se fijan una serie de pautas a ser tenidas en cuenta para el debate de juicio oral y público.⁴¹² El artículo 414 autoriza al tribunal a revocar, de oficio o a petición de parte, las medidas de seguridad y educación adoptadas con

⁴¹⁰ Artículo 410.- “...en las causas seguidas contra menores de dieciocho años se procederá conforme a las disposiciones comunes de este Código, salvo las que se establecen en este capítulo”.

⁴¹¹ IDEM.

⁴¹² 1) La publicidad será restringida. El debate se llevará a cabo a puerta cerrada y con la sola presencia del fiscal, las otras partes, sus defensores, los padres, el tutor o guardador del menor y las personas con interés legítimo;
2) presencia limitada del menor imputado, que sólo asistirá al debate cuando fuere imprescindible, siendo alejado una vez cumplido el objeto de su presencia;
3) asistencia obligatoria del asesor de menores, bajo pena de nulidad;
4) facultades del tribunal: podrá oír a los padres, al tutor o guardador del menor, a los maestros, patronos, superiores, autoridades tutelares y a cuanta persona pueda aportar datos útiles para apreciar la situación fáctica y el desarrollo personal del menor.

respecto al menor, pudiendo a tal efecto practicar la información sumaria que fuere conveniente y oír a los interesados antes de dictar resolución.

Para concluir, NAVAS RIAL considera sumamente importante destacar dos cuestiones:⁴¹³

1. Que el Código Procesal vigente por ley 23.984 contiene en el artículo 538 una cláusula por la cual deroga todas las disposiciones que se le opongan, pero expresamente indica que mantienen su vigencia las leyes especiales en todo lo que no se le opongan. Mantienen operatividad todas las normas especiales sobre minoridad, en particular las relacionadas con la tutela oficial o el patronato del Estado y las que conforman el denominado régimen penal de los menores de edad.

2. Que con ello, además, mantienen vigencia y aplicación las disposiciones contenidas en la Convención de los Derechos del Niño (ley 23.849), respecto de la cual el Código Procesal Penal de la Nación, en lo atinente a la regulación de la minoridad, concuerda de manera armoniosa.

2. Paraguay

El 11 de diciembre del año 2001 entró en vigencia el Código de la Niñez y la Adolescencia para la República del Paraguay, sancionado y promulgado por Ley no. 1680.

Para comentar este nuevo sistema jurídico de menores en el Paraguay, nos basaremos en el ensayo de José Luis HEID SKRENEK, Profesor de Derecho de la Universidad Autónoma de Asunción.⁴¹⁴

La reforma legislativa en el país sudamericano, fue resultado de un arduo y largo proceso de estudio, de la revisión del anterior Código del Menor y de la redacción del Anteproyecto en la cual el mismo HEID SKRENEK participó en el mes de noviembre del año 1991.

Inicialmente, recuerda el catedrático, la tarea de la comisión redactora del anteproyecto debía ser “actualizar y adecuar” la Ley 903/81 a la nueva Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño, pero los primeros cuatro meses sirvieron, más bien, de estudio para la fundamentación de la necesidad de

⁴¹³ IDEM.

⁴¹⁴ Cfr. HEID SKRENEK, José Luis. “El nuevo sistema jurídico legal para los derechos de los niños y adolescentes en el Paraguay”. En **Anuario de Justicia de Menores**. Ed. Astigi, España, 2003, No. III, pp. 317-324.

abrogar el Código y de replantear la redacción de uno distinto bajo el abrigo de la nueva doctrina de protección de la infancia.⁴¹⁵

Sin otro antecedente legislativo en su medio, la comisión redactora se avocó a la recolección de informaciones, datos, experiencias, reflexiones, casos judicializados o no, que sirviesen para el tratamiento de la problemática en la convivencia, tanto del niño como del adolescente, en su proceso de desarrollo en todos los ámbitos donde se desenvuelva. Una vez presentado públicamente el trabajo final de redacción del Anteproyecto, crudamente sometido a diversas críticas de toda naturaleza, consensado y negociado; ingresó en la Cámara de Senadores para su estudio. Según refiere HEID SKRENEK, todo el empeño puesto no acompañó a la suerte del mismo, y luego de constantes retoques, algunos de sintaxis y otros de semánticas legislativas, de idas y venidas con la Cámara de Diputados, acompañadas de la presión de algunas ONG's, se logró sancionar un Código de la Niñez y la Adolescencia. No contento del todo con el resultado, un sector político consiguió el veto parcial de la nueva Ley, regresando a la Cámara de origen el debate sobre cuestiones sociales bien radicalizadas. Finalmente, el 8 de mayo del año 2001 quedó firme la sanción de la nueva Ley del Código de la Niñez y la Adolescencia, cuyo extracto de las disposiciones más importantes se presenta a continuación.⁴¹⁶

A) Entre los derechos tutelados destacan: Artículo 8, segundo párrafo: “Queda prohibido separar al niño o adolescente de su grupo familiar, o disponer la suspensión o pérdida de la patria potestad invocando la falta o insuficiencia de recursos”. Artículo 11: “Cualquier mujer embarazada que requiera urgente atención médica será atendida en la institución de salud mas cercana del lugar donde se encuentre. La insolvencia del requirente, o la falta de cama u otros medios de la institución requerida, no podrá ser invocada por la institución de salud para referir o rechazar a la mujer embarazada en trabajo de parto o que requiera urgente atención médica, sin antes recibir el tratamiento de emergencia inicial. La insolvencia y la urgencia del caso no implicarán discriminación en cuanto a su cuidado y asistencia en relación con los demás pacientes”. Entre otros.⁴¹⁷

⁴¹⁵ IDEM.

⁴¹⁶ IDEM.

⁴¹⁷ Artículo 12: “En ningún caso, y por ningún motivo, la falta de pago de los servicios médicos puede ameritar la retención del niño o de la madre en el centro hospitalario donde se hubiere producido el alumbramiento”.

Artículo 17: “Excepcionalmente (en ausencia u oposición de los padres, y cuando la orden judicial llegare tarde), cuando un niño o un adolescente deba ser intervenido quirúrgicamente de urgencia por hallarse en peligro de muerte, el profesional médico estará obligado a proceder como la ciencia lo indique, debiendo comunicar esta decisión al Juez de la Niñez y la Adolescencia de manera inmediata”.

B) En otro sentido, comenta el catedrático sudamericano que la descentralización de la implementación de la política a favor de la infancia y adolescencia se ve reflejada en la creación de los Consejos Departamentales y de los Consejos Municipales que se reunirán cuando el Gobernador o el Intendente, según sea el caso, los convoque. En este mismo sentido, el artículo 48 dispone la creación de las Consejerías Municipales por los Derechos del Niño, Niña y Adolescente (CODENI), que prevén, entre sus funciones de carácter preventivo y reparador, la de intervenir de forma inmediata en caso de transgresión de los derechos del niño, acto que no tendrá carácter jurisdiccional.⁴¹⁸

C) De mayor relevancia para nuestro trabajo, son los comentarios de HEID SKRENEK relativos al Libro IV de la nueva legislación, “De la Jurisdicción Especializada”; la cual se compondrá por Tribunales de la Niñez y la Adolescencia y Tribunales Penales de la Adolescencia, Juzgados de la Niñez y la Adolescencia y Juzgados Penales de la Adolescencia; en igual sentido, los Fiscales y Defensores Públicos; y, mucho más específicamente, el Libro V, “De las Infracciones a la Ley Penal”.

En este Libro, se establece que sólo serán considerados los adolescentes infractores que la legislación ordinaria castigue con sanción penal. El adolescente, por exclusión niño, sólo puede ser imputado, pero este Código no establece desde que edad se le comprenderá como tal, remitiendo al artículo 427, con el que se inicia el Título IV del Código Procesal Penal, que establece el Procedimiento para Menores indicando a la persona que haya cumplido 14 años hasta los 20 años inclusive. Para determinar la calidad de crimen o delito de un hecho antijurídico realizado por un adolescente, se aplica entonces lo dispuesto en el Código Penal (art. 195).

D) En cuanto a las medidas, destacan los siguientes principios:⁴¹⁹

a) Artículo 196, 2° párrafo: “El hecho punible realizado por un adolescente será castigado con medidas correccionales, o con medidas privativas de libertad, sólo cuando la aplicación de medidas socioeducativas no sea suficiente”.

b) Artículo 199: “Las medidas socioeducativas y las medidas correccionales, así como algunas medidas socioeducativas y algunas medidas correccionales, podrán ser ordenadas de forma acumulativa. Junto con una medida privativa de libertad, podrán ser ordenadas sólo imposiciones y obligaciones”.

c) Artículo 200: “Las medidas socioeducativas son prohibiciones y mandatos que regulan la forma de vida del adolescente con el fin de asegurar y promover su

⁴¹⁸ IDEM.

⁴¹⁹ IDEM.

desarrollo y educación. Dichas reglas de conducta no podrán exceder los límites de la exigibilidad, conforme a la edad del adolescente”.

d) Artículo 201: “Las medidas socioeducativas se ordenarán por un tiempo determinado que no excederá de dos años de duración. El Juez podrá cambiar las medidas, eximir de ellas y prolongarlas, antes del vencimiento del plazo ordenado, hasta tres años de duración, cuando esto sea indicado por razones de la educación del adolescente”.

e) Artículo 203: “El hecho punible realizado por un adolescente será castigado con una medida correccional cuando, sin ser apropiada una medida privativa de libertad, sea necesario llamar seria e intensamente la atención del adolescente acerca de la responsabilidad de su conducta. Son medidas correccionales: a) la amonestación, b) la imposición de determinadas obligaciones. Las medidas correccionales no tendrán los efectos de una condena a una pena, en lo relativo a los antecedentes del afectado, sin perjuicio de la posibilidad de asentarlas en un registro destinado a recoger datos para actividades estatales, educativas, preventivas”.

f) Artículo 206: “La medida privativa de libertad consiste en la internación del adolescente en un establecimiento especial, destinado a fomentar su educación y su adaptación a una vida sin delinquir”

g) Artículo 207: “La medida privativa de libertad tendrá una duración mínima de seis meses y máxima de cuatro años. En caso de un hecho calificado como crimen por el Derecho Penal Común, la duración máxima de la medida será de ocho años”.

Refiere el autor la existencia de posibilidades intermedias en la aplicación de estas medidas, a saber:⁴²⁰

1) La suspensión a prueba de la ejecución de la medida. En caso de una condena a una medida privativa de libertad de hasta un año, el Juez ordenará la suspensión de su ejecución cuando la personalidad, la conducta y las condiciones de vida del adolescente permitan esperar que éste, bajo la impresión causada por la condena, y por medio de obligaciones, reglas de conducta o sujeción a un asesor de prueba, pueda, aun sin privación de libertad, adecuar su conducta a las normas sociales y a una vida sin delinquir;

2) la asesoría de prueba. El Juez ordenará que el adolescente esté sujeto a la vigilancia y dirección de un asesor de prueba. La asesoría tendrá una duración máxima de dos años. El asesor de prueba prestará apoyo y cuidado al adolescente.

⁴²⁰ IDEM.

E) Destaca asimismo la presencia de las siguientes reglas especiales relativas a:⁴²¹

a) *Las medidas provisionales.*

Hasta que la sentencia quede firme, el Juzgado Penal de la Adolescencia podrá decretar medidas provisionales, con el fin de promover la educación y de garantizar las prestaciones necesarias para el sustento del procesado. El Juzgado Penal de la Adolescencia podrá ordenar la internación transitoria del adolescente en un hogar adecuado, en espera de las medidas definitivas resultantes del proceso.⁴²²

b) *De la remisión en la etapa preparatoria.*

Con consentimiento del Tribunal, el Fiscal podrá prescindir de la persecución penal cuando se den los presupuestos señalados en el Código Procesal Penal o cuando hayan sido ordenadas y ejecutadas las medidas educativas pertinentes.

c) *De la reserva.*

Las actuaciones administrativas y judiciales serán reservadas. No se expedirán certificaciones, ni constancias, de las diligencias practicadas en el procedimiento, salvo las solicitadas por las partes, de acuerdo con sus derechos legales. El juicio oral, incluso la publicación de las resoluciones, no será público.

d) *De la remisión en todas las etapas procesales.*

El Juzgado Penal de la Adolescencia podrá examinar la posibilidad de no continuar el proceso cuando el hecho punible estuviese sancionado en la legislación penal con pena privativa de libertad que no superase los dos años, basándose en el grado de responsabilidad, en el daño causado y en la reparación del mismo.

e) *Del recurso de casación.*

⁴²¹ IDEM.

⁴²² La prisión privativa de un adolescente (artículo 233) podrá ser decretada sólo cuando, con las medidas provisionales previstas en el artículo 232, primer párrafo, del Código, no sea posible lograr su finalidad. Al considerar la proporcionalidad de la medida, se tendrá en cuenta la carga emocional que la ejecución de la misma implique para el adolescente. En caso de decretar la prisión preventiva, la orden debe manifestar expresamente las razones por las cuales otras medidas, en especial la de internación transitoria en un hogar, no son suficientes y por las que la prisión preventiva no es desproporcionada.

Este recurso, que se tramitará ante la Corte Suprema de Justicia, procederá exclusivamente: a) cuando, en la sentencia de condena, se imponga una medida privativa de libertad mayor de tres años y se alegue la inobservancia o la errónea aplicación de un precepto constitucional; b) en las demás condiciones expresadas en el Código Penal.

A manera de conclusión, apunta HEID SKRENEK que en la promulgación de un nuevo Código de la Niñez y la Adolescencia, cabe la oportunidad de reflexionar sobre la disociación entre el trabajo proficuo de la investigación jurídico-social de los juristas, de los académicos, de los hombres y mujeres de ciencia interesados en desarrollar y aplicar sus conocimientos o en verlos plasmados en instrumentos legales que pudieran ser de inestimable utilidad para la comunidad, y la posición mezquina, parcialista, sin criterio, de los políticos partidarios y de los miembros del Congreso Nacional, quienes, sin consultar ni asesorarse por entendidos en esta rama de la ciencia jurídica, ni, por lo menos, darse a la lectura a fondo de la propuesta a legislar, acompañándose de literaturas pertinentes, sacando criterios de la escucha de los distintos sectores involucrados, se limitan a retacear, eliminar, cambiar, agregar palabras o frases que distorsionan el contexto del Código y, por ende, la interpretación que nos debe llevar finalmente a su efectiva aplicación, volviéndola inoficiosa o una vulgar panacea.⁴²³

Si a esto, continúa el profesor universitario, se suman los nombramientos politizados de Jueces y Tribunales incompetentes, sin idoneidad, experiencia ni capacidad en tan delicada e importante nueva jurisdicción “especializada”, la postrer no tiene parangón. En conocimiento de que esta situación se puede presentar –como de hecho sucede- en otros países o regiones, HEID SKRENEK formula la posibilidad de establecer mecanismos o instancias jurídicas que le den mayor sustentabilidad al resultado del trabajo que se realiza en los ámbitos académicos y científicos en materia jurídica, convirtiéndolo en un importante aporte para toda la sociedad, sin descontar el gasto físico, mental y económico que ello implica, y que pueda verse total o parcialmente desmoronado, o hasta dejado de lado, por políticos que ocupan cargos públicos.⁴²⁴

III.- REFLEXIONES FINALES SOBRE LOS DIVERSOS MODELOS JURÍDICOS COMPARADOS

⁴²³ IDEM.

⁴²⁴ IDEM.

Hermanados en una tradición jurídica similar, podemos afirmar que los diversos países de habla hispana, han tenido una evolución institucional paralela en lo que hace al Derecho de menores infractores. Si bien sólo se expusieron en este capítulo algunos ejemplos de como se ha desarrollado este derecho en las naciones Latinoamericanas, es suficientemente representativo como para permitirnos establecer relaciones entre los diversos instrumentos jurídicos de una y otra parte del continente.

En la mayoría de los casos de carácter imitativo, por las características socio-políticas de dependencia de las naciones latinoamericanas, éstas han tenido una evolución jurídica muy ligada a la de los países europeos, o bien, a los Estados Unidos de América, copiando modelos e instituciones del extranjero, muchas veces de forma irreflexiva, sin buscar siquiera adaptarlas a las condiciones sociales y políticas propias, generando su total ineficacia y un desperdicio de recursos irreparable en muchos casos.

Así, por lo que hace a tendencias ideológicas, podemos ver que cada nación ha ido adecuando su legislación a cada modelo en materia de menores infractores imperante en los países europeos a lo largo de la historia. Durante el siglo XIX, tras la independencia de la metrópoli y la formulación de las primeras legislaciones nacionales propias, se adoptaron los criterios del discernimiento, para determinar la responsabilidad de los menores. Iniciado el siglo XX, bajo la influencia de las ideas positivistas y de la reforma correccional que surgía principalmente en los países anglosajones, surgió la preocupación por crear también legislaciones específicas para menores, en el marco del modelo tutelar en boga. Como vimos en este capítulo, la primera legislación específica de la materia fue la de Argentina, promulgada en 1919; la siguieron Colombia en 1920, Brasil en 1921, Uruguay en 1934 y Venezuela en 1939. Este “boom” de legislaciones especiales para menores siguió hasta las décadas de los 60 y 70: Panamá en 1951, República Dominicana en 1954, Perú en 1962, Costa Rica en 1963, Chile en 1967, Colombia en 1968, Guatemala en 1969, Honduras en 1969, México en 1973, Nicaragua en 1973, El Salvador en 1973, Bolivia en 1975, Venezuela en 1975, Ecuador en 1975 y Cuba en 1979.

Frases más o frases menos, estas leyes, creadas en imitación del mismo modelo, propugnaron si bien por “sacar” al menor infractor del derecho penal común, estipulaban ciertos principios violatorios, según las actuales concepciones, de derechos y garantías del menor. Al margen de ello, creemos que si dichas legislaciones tuvieron escasa o nula eficacia, como herramientas en el combate y la prevención de las infracciones de los menores, fue por la sencilla razón de que las instituciones especiales creadas (en su mayoría Consejos Tutelares), los procedimientos, las ideas proteccionistas del menor, en fin, todos los buenos deseos, chocaron con un contexto social y político muy diferente: un autoritarismo profundamente enraizado en la sociedad, además de condiciones económicas

desfavorables y la falta de comprensión sobre los problemas reales del fenómeno delincriminal.

Tras la promulgación de la Convención General de los Derechos del Niño en 1989, y la ratificación de la misma por las diversas naciones latinoamericanas en los años 90, comenzó un proceso de renovación legislativa que adaptara los principios garantistas a la legislación interna. Empero, en el mismo contexto de marginación social, pobreza y autoritarismo que subsiste en buena parte de las naciones latinoamericanas, se vislumbra difícil que las reformas legislativas repercutan visiblemente en las condiciones y estado de los menores infractores. Pues como mencionábamos con anterioridad, si bien la adecuación de las legislaciones y la consagración en el orden constitucional de las garantías de los menores resulta un avance innegable, de ahí a que se llegue a su plena aplicación práctica aún hay pendiente un largo y tortuoso camino.

No obstante, recapitulando, podemos ver que las nuevas legislaciones emitidas en la última década por los países latinoamericanos coinciden en puntos totales:

a) La edad penal se fija unánimemente a los 18 años; el límite inferior aún oscila entre 12 y 14 años.

b) Se trata de legislaciones eminentemente procesales, que buscan ante todo garantizar al menor los derechos y garantías reconocidos para toda persona adulta y los que poseen por su carácter de menores.

c) Se busca, a través de figuras como la “desjudicialización”, la “intervención mínima”, o las “formas de justicia alternativa” como en México, que el interés durante el proceso se finque en reparar el daño causado por la conducta infractora y no simplemente en sancionar al infractor.

d) Respecto a los criterios de aplicación de medidas, se coincide en utilizar aquellas “no privativas de libertad”; encontrando las de privación de libertad o internamiento con carácter excepcional.

Los anteriores junto con otros principios que se ubican en el marco de los citados instrumentos internacionales. El principal avance con la internalización de estos postulados, es que el menor, al serle reconocidos sus derechos y responsabilidades, tanto como sujeto de derecho como sujeto social, se permite reconceptualizar la intervención que la autoridad ha de tener en su desarrollo personal cuando ha cometido una conducta ilícita. No obstante, y si insistimos en este punto es porque en buena medida es un rasgo esencial dentro de los sistemas jurídicos de Latinoamérica, si bien la discusión doctrinal y las legislaciones apuntan hacia modelos garantistas, respetuosos de los derechos humanos y tolerantes; en la cruel realidad, los sistemas de administración de

justicia muestran todavía rezagos autoritarios y grandes carencias materiales, que impiden, o cuando menos, resultan un severo obstáculo para la implementación de los ajustes legislativos.

Es por ello que las legislaciones deben de tomar en cuenta, en primer lugar, la falta de recursos económicos, el contexto socio-político y los graves problemas sociales que aquejan a sus países. Ante la pobreza, la marginación y las condiciones desfavorables que sufre la población en su conjunto, el fenómeno de los menores infractores es sólo un síntoma más que forma parte del sistema en su conjunto; por ende, pretender atenderlo de forma aislada es de inicio un error. Al lado de las reformas legislativas, que lejos de ser espectaculares deben pugnar por su eficacia, no buscando revolucionar las instituciones, sino retomar experiencias que en mayor o menor medida ya hayan funcionado en el tiempo, es imprescindible poner el interés gubernamental en crear políticas a favor de la niñez y la juventud, programas de educación integral para la población, desarrollo, opciones culturales; en fin, hay un sinnúmero de posibilidades que permitirán elevar la eficacia del sistema de prevención de conductas infractoras de parte de los menores, combatiendo realmente las causas del problema, pues una mayor punitividad, como hemos señalado, no es la vía idónea. Por desgracia, y citando el ejemplo de México, si las nuevas políticas gubernamentales prefieren elevar el presupuesto para los cuerpos policiacos en detrimento de la educación, el camino, de inicio, se está errando.

CAPÍTULO IV

LA PELIGROSIDAD CRIMINAL DEL MENOR

I.- CUESTIONES DOCTRINALES.

¿Qué es la peligrosidad? No es sino un mero criterio de valoración, un “presupuesto fundamental de las medidas de seguridad, es decir, aludir a un juicio de pronóstico sobre la probable comisión del delito en el futuro”.⁴²⁵ Afirmar la peligrosidad criminal de un menor, es aludir, efectivamente, a la posibilidad de que ese menor en el futuro cometa o reincida en un acto considerado como ilícito.

A nuestro juicio, no existen criterios precisos para determinar la “peligrosidad criminal”, o la “antisocialidad” de los menores. Ni entre los investigadores ni entre los legisladores de los diferentes países existe consenso al respecto; por el contrario, la evaluación de la “peligrosidad criminal” del menor, suele realizarse con base en cuestiones ambiguas, aún en prejuicios, que lejos de contribuir a la identificación de las causas de la criminalidad infantil, y a definir el tratamiento más adecuado para su reinserción social, estigmatizan y etiquetan a los menores infractores, tal y como sucede con los delincuentes adultos, cuando caen en el ámbito del derecho penal.

Se basa en prejuicios, dado que la definición de *peligrosidad*, conlleva sin lugar a dudas, “una actitud hostil o prevenida hacia una persona que pertenece a un grupo, simplemente porque pertenece a ese grupo, suponiéndose por lo tanto que posee las cualidades indeseables atribuibles al grupo”.⁴²⁶ O bien, en estereotipos, pues opera como “una imagen mental muy simplificada, de alguna categoría de personas, institución o acontecimiento que es COMPARTIDA en sus características especiales por un gran número de personas. Las categorías pueden ser amplias o estrechas y, se suelen acompañar de prejuicios, es decir; de una predisposición desfavorable hacia cualquier miembro de la categoría en cuestión.”⁴²⁷

⁴²⁵ **Enciclopedia Jurídica básica**, Editorial Civitas, Madrid, España, 1995, vol. III, p. 4233.

⁴²⁶ GUILLÉN GESTOSO, Carlos, et. al. “Programas de prevención de la marginación. Los prejuicios sociales”. En RUIZ RODRÍGUEZ, Ramón y NAVARRO GUZMÁN, José Ignacio (coords.). **Menores. Responsabilidad penal y atención psicosocial**. Tirant lo Blanch, Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología, Valencia, España, 2004, Colección Criminología y Educación Social, Serie Mayor, p. 440.

⁴²⁷ IBIDEM, p. 441.

En la valoración de la peligrosidad, intervienen múltiples factores; uno de los que cobra mayor preponderancia hoy en día, es la marginalidad o nivel de marginación del menor. Según la teoría, “el término marginación encierra múltiples ideas cargadas de ambigüedad. Existen situaciones de marginación que no tienen trascendencia penal ni institucional. Como ejemplos se pueden citar los bohemios, ermitaños, o todas aquellas personas que voluntariamente se automarginan. Pero existe también otra clase de marginación; la de aquellas personas que se encuentran en condiciones marginales como consecuencia de un proceso de exclusión social. Estas no han llegado a incorporarse a las pautas de socialización. Así, determinados grupos sociales, entre los que se encuentra, en gran parte, el de los menores infractores, no tienen acceso al sistema de normalidad; y, en consecuencia, ven menoscabados sus más elementales derechos, siendo despojados de la mínima dignidad inherente al ser humano.”⁴²⁸

De acuerdo con RÍOS MARTÍN, esta exclusión con frecuencia tiene consecuencias penales, ya que la marginación suele estar en estrecha relación con la delincuencia. Así, según este autor, “el menor marginado no ha podido acceder a las pautas de socialización existentes en el sistema social donde se desenvuelve. Se encuentra al margen de la normalidad social. Esta situación viene motivada por la existencia de diferencias que se concretan en amplias carencias. Unas provocan la formación de otras, y todas se materializan y ejercen su influencia en el proceso de socialización. Como resultado de todo ello encontramos en los procesos de socialización de todos estos menores infractores una característica común: la precariedad en la calidad de vida.”⁴²⁹

De tal suerte que el menor recibe en gran parte la “normalidad” del grupo social al que pertenece.

Siguiendo a RÍOS MARTÍN, el término “marginación hace relación a algo preestablecido, circunstancia que origina cierta relatividad. Por lo tanto, siempre existirá una graduación en función de la proximidad o distancia del concepto de normalidad que tomemos de referencia. Esta predice el grado óptimo de integración social del que depende el índice de marginación padecido. Pensemos además que la marginación está originada por la existencia de desigualdades. Estas aparecen en el contexto social y se caracterizan por ser sistematizadas y organizadas por pautas y valores establecidos en base al concepto de normalidad que poseen ciertos miembros de la sociedad; de hecho, las diferencias sociales están respaldadas por los valores dominantes e impuestas por el grupo normativo.”⁴³⁰

⁴²⁸ RÍOS MARTÍN, Juan Carlos. **El menor infractor ante la ley penal**. Ed. Comares, España, 1993, p. 25.

⁴²⁹ IBIDEM, p. 27.

⁴³⁰ IBIDEM, p. 28.

Así, según expone este autor, es posible definir dos teorías a partir de las cuales articular una línea de argumentación que explique la situación marginal y de exclusión de los niños infractores.

1.- Teoría del término medio.⁴³¹

Toma en cuenta un elemento meramente estadístico; es marginado el que se aparta del término medio, que constituye lo ordinario y frecuente.

2.- Teoría de la reacción social.⁴³²

En esta teoría, explica RÍOS MARTÍN, para decidir sobre la normalidad o marginalidad, se plantea como criterio la reacción que provoca una conducta en la mayoría de las personas que forman el grupo social. La calificación de las conductas va a depender del grupo que las defina. “Esta reacción se realiza de diferentes maneras. Sobre los menores que han transgredido las normas sociales que afectan a la seguridad y propiedad suelen recaer la calificación de “delincuentes”. La reacción social ante estas conductas desviadas se materializa en la creación de medios punitivos de control social. Se crean instituciones que acabarán configurando al que entra en contacto con ellas. Así, por ejemplo, las instituciones penales para niños son un elemento fundamental de la criminalización de estos. Desempeñan un papel primordial en la definición, delimitación, elaboración y producto social e institucional del fenómeno. Estos menores asumen el rol que les imponen las instituciones y tienden poco a poco a comportarse de acuerdo con lo que los demás piensan que son. Con esta reacción social de etiquetaje se está definiendo quien es el normal o el marginado.”⁴³³

Además de ello, quienes sufren el proceso de etiquetamiento formarán una cultura propia. Esta situación va a provocar la creación y existencia de agrupaciones de marginados como medio básico e idóneo que les permita vivir satisfaciendo unas necesidades que a nivel individual y fuera de esos grupos no podrían obtener.

De tal suerte, que es posible concluir que los menores infractores forman parte de la infancia marginada; por un lado, como consecuencia de la “desigualdad provocada por los valores sociales propuestos por el grupo normativo y que adquieren la función de dinamización social. Por otro, hemos de tener en cuenta que las desigualdades sociales que provocan la marginación de un sector social resultan de la existencia en toda sociedad humana de normas de conducta provistas de sanciones; estas normas son prefijadas por influencia

⁴³¹ IBIDEM, p. 29.

⁴³² IBIDEM, p. 31.

⁴³³ IBIDEM, p. 32.

directa del grupo normativo, de manera que la desigualdad posicional y la orientación de las relaciones sociales en función de una jerarquía de niveles posicionales de poder, es una nota constitutiva de toda histórica estructura social global.”⁴³⁴

Ahora bien; es trascendental comentar cuales son las principales posiciones doctrinales que pretenden explicar la inadaptación de los menores. Ha sido en los Estados Unidos, donde se han realizado la mayoría de los estudios al respecto.

1.- Teoría de la asociación diferencial.⁴³⁵

De acuerdo con esta vertiente, los niños son más proclives a cometer infracciones si en su proceso de socialización han aprendido más actitudes antisociales, en comparación con las tendientes a obedecer la ley. Este aprendizaje puede deberse tanto al contacto frecuente de los menores infractores con modelos delictivos, como al aislamiento de modelos normales no delictivos^{436 437}.

Las proposiciones de la teoría de la asociación diferencial, configurada a partir de los anteriores elementos; se concretan en los siguientes enunciados:

“a.- La conducta delictiva es aprendida, al igual que el hombre aprende otras cualidades.

b.- Este aprendizaje conductual se realiza en un proceso de comunicación con otras personas. Este es un proceso de asociación con aquellos sujetos que manifiestan un comportamiento antisocial.

c.- La parte principal del aprendizaje de tales conductas se desarrolla en grupos primarios (familia, pandillas, barrio) con actitudes tendentes a la violación de la ley.

d.- El proceso de aprendizaje incluye toda clase de técnicas, desde las más simples a las más complejas.”⁴³⁸

⁴³⁴ IBIDEM, p. 34.

⁴³⁵ IBIDEM, p. 47.

⁴³⁶ Esta posición doctrinal parte de los siguientes elementos básicos para su formulación:

a) El proceso cultural y situacional en que evoluciona el niño, su familia, barrio, escuela, etc.

b) Los controles internos definidos como pautas de auto control o interiorización de creencias. El ser humano actúa de acuerdo con aquello que ha aprendido e interiorizado en el proceso de socialización.

c) Los controles externos ejercidos desde fuera del individuo. A modo de ejemplo, podemos citar: la opinión pública acerca del delito, posibilidades de castigo, instituciones de control social.

⁴³⁷ IBIDEM, p. 48.

⁴³⁸ IBIDEM, p. 49.

2.- Teoría de la oportunidad diferencial.⁴³⁹

Sus principales representantes son CLOWARD y OHLIW, quienes hacen depender la delincuencia del acceso diferencial de los menores infractores a los medios legítimos para integrarse en el entramado social.⁴⁴⁰ Según ellos, “Las conductas infractoras surgen como un medio de adaptación a las frustraciones y problemas originados en torno al status social. Por ello existirán siempre que haya menores de clase social baja luchando en una cultura de clase media-alta. Hay que tener en cuenta que el medio cultural y familiar no prepara a los menores pertenecientes a las posiciones sociales desfavorecidas para superar el aplazamiento de la gratificación, o para dar la importancia suficiente al estudio y formación personal. En consecuencia, ante la ausencia de pautas de socialización positivas y, por tanto, ante la falta de posibilidades normalizadas y dignas para acceder a los bienes deseados por todos, los menores marginados van a acceder más fácilmente a las metas convencionales a través de conductas propias y legitimadas por ellos, pero calificadas como desviadas e infractoras por el entramado social.”⁴⁴¹ Esta situación de frustración y desadaptación social, motiva la agrupación de los menores en subculturas; por las cuales se busca la adaptación de formas diferentes^{442 443}.

3.- Teoría de las subculturas.⁴⁴⁴

En esta posición, COHEN argumenta que los grupos más desfavorecidos económica y socialmente tienden a la comisión de actos delictivos para conseguir los bienes propugnados como deseables por la sociedad. La realización de conductas asociales se debe a que los impedimentos estructurales (escasa educación, escasas oportunidades de ascenso social) que sufren, les dificultan el camino para obtención de aquellos por medios lícitamente establecidos. Ante esta imposibilidad de alcanzar modelos de bienestar, COHEN propone tres medios de reacción:

⁴³⁹ IBIDEM, p. 50.

⁴⁴⁰ IDEM.

⁴⁴¹ IBIDEM, p. 51.

⁴⁴² A) Subcultura criminal: Los menores que forman tal subcultura tienden a obtener ganancias materiales a través de medios ilegítimos, normalmente materializados en delitos contra la propiedad.

B) Subcultura conflictiva: Se caracteriza por el empleo de la violencia como medio de obtener prestigio. Los que buscan esta subcultura tienen más bien un fin lúdico que utilitarista.

C) Subcultura de retirada, evasiva o abstencionista: Este grupo no quiere rebelarse contra las estructuras sociales que le oprimen e impiden acceder a los bienes por todos deseados. Se trata de personas casi siempre frustradas que se suelen refugiar en la droga.

⁴⁴³ IDEM.

⁴⁴⁴ IDEM.

“a.- College Boy: Implica una aceptación de los valores y normas sociales. Se asume la imposibilidad de acceso a los fines convencionales. La aceptación se realiza a pesar de las insalvables carencias escolares y sociales.

“b.- Corner boy: No posee una actitud de rechazo en forma agresiva, sino que lo hace de forma pasiva, por ejemplo, consumiendo droga. No rompe con la sociedad oficial, sino que pacta y convive con ella.

“c.- Delinquent boy: La frustración sufrida al no poder acceder a los fines de la clase acomodada, se traduce en actos de violencia agresiva y de marcado carácter antisocial.

“Entendemos que estos tres tipos de adaptación no son excluyentes. Un menor, en función de su peculiar conflicto relacional con el entorno social primero, e institucional después, puede pasar por los tres tipos de respuesta al medio.”⁴⁴⁵

4.- Teoría de la anomia.⁴⁴⁶

Esta Teoría fue elaborada originalmente por DURKHEIM; y posteriormente reelaborada por MERTON. Según éste último, la estructura social realiza cierta presión sobre los miembros de la sociedad y les empuja a comportamientos disconformes. La realización de estos se concentra, sin embargo, en determinados grupos. De esta manera queda claro que las conductas desviadas en que los menores pudieran incurrir no dependen tanto, de las tendencias biológicas individuales, como del impacto diferencial de la presión anómica debido a la situación social en la que aquellos se encuentran. Esto es, que “Las necesidades del individuo que la sociedad no es capaz de satisfacer, no son naturales sino culturales. Han sido creadas de hecho e impuestas por las propias estructuras sociales. De esta manera, si la cultura, en vez de limitar las expectativas de consumo, las incita, dará lugar a una conducta desviada que se origina como mecanismo de adaptación normal del individuo a las diferentes estructuras de la sociedad.”⁴⁴⁷

Como consecuencia de todo lo anterior, MERTON nos señala en su estudio cinco niveles de adaptación de los individuos a la comunidad social. Todos ellos basados en la interrelación entre medios y metas: a.- Conformidad: En este primer nivel hay una adaptación completa a la sociedad. Los fines son alcanzables a través de posibilidades legales e institucionales. b.- Innovación: Surge ante el desfase entre medios y metas. El individuo tenderá a realizar conductas alternativas a las institucionalmente creadas. Si estas formas de actuar son consideradas como lícitas por la comunidad social, estaremos ante la innovación.

⁴⁴⁵ IBIDEM, p. 53.

⁴⁴⁶ IDEM.

⁴⁴⁷ IDEM.

En cambio si la comunidad social las tipifica como ilícitas, nos encontraremos ante conductas asociales o delictivas. c.- Ritualismo: Se produce en aquellas personas que abandonan las metas culturales, pero siguen manteniendo los medios institucionales. Esta forma de actuar, según MERTON, corresponde a la clase media. d.- Retraimiento: Equivale a un rechazo total, tanto de metas como de medios. MERTON nos habla de vagabundos, drogadictos, personas que al no encontrar ni objetivos ni pautas de socialización normalizadas realizan un rechazo total. e.- Rebelión: Se origina motivada por dos circunstancias contrarias; por un lado, ante el rechazo de medios y metas, y por otro, ante la búsqueda de otros diferentes que son, casi siempre, considerados como ilícitos por la comunidad social.⁴⁴⁸

5.- Teoría del gradiente ecológico.⁴⁴⁹

Toma como elemento de referencia las características físicas y sociales de los barrios donde se concentra la supuesta población conflictiva. Los postulados básicos de esta Teoría son:

“1.- El menor infractor en términos significativos no difiere del resto de la población en cuanto a la inteligencia, condiciones físicas y trazos de personalidad.

“2.- En las áreas criminales se desintegran las tradiciones convencionales, las instituciones, la opinión pública y demás mecanismos que permiten el control sobre el comportamiento. Padres y vecinos suelen aprobar las conductas delictivas de modo que el niño crece en un medio social en el que la delincuencia es una forma de conducta apropiada.

“3.- Estos barrios ofrecen muchas oportunidades para la actividad delincuencial en contraste con las escasas perspectivas de empleo en las industrias privadas.

“4.- El comportamiento delictivo se aprende y transmite por vía de tradición como las propias técnicas criminales. Los menos jóvenes enseñan a los más pequeños.

“5.- Las llamadas carreras criminales se consolidan paulatinamente cuando el individuo se identifica con su mundo delictivo. Interiorizan la cosmovisión de éste y los valores del grupo social que les rodea. Son decisivos el contacto con delincuentes en las calles y correccionales.”⁴⁵⁰

⁴⁴⁸ IBIDEM, p. 55.

⁴⁴⁹ IDEM.

⁴⁵⁰ IBIDEM, p. 56.

6.- Teoría del etiquetado o “labelling approach”.⁴⁵¹

Según esta postura, el sistema correccional o penal de los menores infractores influye en la delincuencia de varias maneras. Por un lado, decide si el menor ha de considerarse delincuente; por otro, que institución debe acogerle y cual ha de ser su regulación. La incidencia de esta intervención se concreta en asignar al menor el papel de delincuente y en definir que situación será la más favorable para su corrección. Se expresa, de esta forma, una apreciación subjetiva que afectará a la conducta subsiguiente del menor.

La importancia de esta Teoría radica en la consideración de la imposibilidad de comprender la criminalidad al margen del estudio de la acción del sistema penal que la define y reacciona contra ella. Los postulados de esta Teoría sirven para la comprensión del origen y consolidación de la delincuencia juvenil como consecuencia de la intervención de las instituciones de control social y del propio sistema legal. La conducta infractora viene motivada por la aplicación de reglas y sanciones al menor infractor. Por ello, delito y reacción social son términos interdependientes y recíprocos. La desviación no es una cualidad intrínseca de la conducta, sino atribuida a la misma a través de complejos procesos de interacción social que no detectan o declaran el carácter delictivo, sino que lo generan al etiquetarlo así. En este sentido, el menor interioriza y asimila el rechazo del que es objeto y empieza a asumir tal etiqueta, y en consecuencia, inicia una actuación acorde con la definición que sufre. Por ello, la etiqueta de criminal la reparten los mecanismos de control social con el mismo criterio de distribución de otros bienes mejores (fama, riqueza), de modo que los riesgos de ser etiquetado como delincuente no dependen tanto de la conducta ejecutada (delito) como de la posición que ocupe el individuo en la pirámide social.⁴⁵²

Para RÍOS MARTÍN, de todos los estudios sociológicos sobre el comportamiento desviado que se han mencionado, interesa destacar ciertas conclusiones: 1.- Las conductas desviadas son aprendidas en un contexto socializador que implica la búsqueda de caminos para alcanzar niveles de bienestar. 2.- El desfase entre medios y metas es más considerable cuando afecta a personas que se socializan en contextos material y económicamente empobrecidos. Estas teorías ponen el acento sobre las características particulares que destruyen la socialización. 3.- Una de las cuestiones fundamentales es la de la relación existente entre delincuencia y los siguientes factores: educación defectuosa, relaciones familiares deterioradas, círculo antisocial de amistades, falta de bienestar, pertenencia a la clase social baja. 4.- Podemos considerar las conductas asociales como respuestas que resultan «normales» ante entornos desorganizados y contradictorios. 5.- La vigencia de normas duales de conducta durante el proceso de socialización lleva a los menores a una ambivalencia

⁴⁵¹ IBIDEM, p. 57.

⁴⁵² IBIDEM, p. 58.

normativa que provoca comportamientos desadaptados. 6.- Ante estas situaciones anómicas, se dan tres formas adaptativas de comportamiento social: renuncia a las metas, bloqueo de sociabilidad y comportamiento antisocial. La mayoría de los menores, pasarán por las tres etapas. 7.- Como consecuencia de comportamientos desadaptados, intervendrán las instituciones de control social, formalizando al menor como delincuente.”⁴⁵³

Más allá de la sociología de la desviación, los estudios criminológicos exigen la construcción de esquemas que permitan predecir con certeza, para evitar oportunamente, la comisión de conductas delictivas de parte de los menores. Según GARRIDO, la investigación sobre la predicción en criminología tiene dos propósitos: “en primer lugar; determinar los factores que se relacionan con los inicios de la carrera delictiva, y en segundo lugar, los condicionantes de su permanencia o persistencia, es decir, los que cualifican la reincidencia (más o menos extensa en el tiempo) de los delincuentes.”⁴⁵⁴

Así, la intención es conocer qué factores pueden predecir mejor esa reincidencia; definiendo entonces que un menor en cuya situación se presentan factores que se asocian a reincidencia, no es que sea *peligroso*, sino que se encuentra *en riesgo*; y estando la predicción estrechamente ligada a la prevención, la identificación de esos factores con un afán constructivo y no meramente punitivo, es el primer paso para alejar al menor del camino del delito.

Los profesionales especializados en estas materias, cuentan con un amplio arsenal de mecanismos e instrumentos de *predicción del riesgo*, a través de escalas o de esquemas teóricos que han demostrado buena eficacia en las investigaciones. Lo trascendental a nuestro juicio, es que estas evaluaciones se realicen en un ámbito de respeto al menor, y a sus derechos y garantías, siguiendo las pautas del marco jurídico concreto. Y que esta valoración criminológica, cumpla con ciertos principios, como son, el considerar las necesidades del menor, su capacidad de respuesta, el establecimiento de objetivos realistas y alcanzables, que a su vez sean específicos y concretos, así como comprensibles para el menor y sus padres, y que sean aceptados por el menor, que tengan una fecha limitada de cumplimiento, y puedan ser revisados de forma dinámica.⁴⁵⁵

II. PREVISIONES NORMATIVAS EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA.

⁴⁵³ IBIDEM, pp. 58-59.

⁴⁵⁴ GARRIDO GENOVÉS, Vicente, et. al. **El modelo de la competencia social de la Ley de Menores**. Tirant lo Blanch. Valencia, España, 2006, p. 64.

⁴⁵⁵ Cfr. IBIDEM, pp. 126-127.

Si bien, la legislación española no hace referencia textual al criterio de *peligrosidad del menor*, como un punto a considerar al momento de asignar una medida de tratamiento al menor; ésta se encuentra presente en la esencia del Derecho de menores, en varios apartados.

En primer lugar, las nuevas disposiciones introducidas por la reforma 8/2006 postulan un criterio de evaluación de la peligrosidad del menor de facto, basado en la gravedad del hecho tipificado como delito, y especialmente, en la edad del menor al momento de cometer la infracción.

Este nuevo esquema, planteado como posibilidad para ampliar la duración de medidas establecido por la LO 8/2006, supone una *sui generis* gradación de la minoría de edad penal, atendiendo al criterio biológico de la edad del infractor. El legislador ha establecido dos nuevos niveles diferentes de responsabilidad, según si el menor tenga catorce y quince, o dieciséis y diecisiete años, en un régimen *escalonado* que nos resulta absurdo, pues implica que por la simple cuestión de la edad biológica, un menor de dieciséis años es más peligroso que un menor de catorce años, lo cual se refleja en la intensidad de la medida a aplicarse. Este criterio, ajeno a cualquier principio de orden científico, sólo puede entenderse como fundamentado en la trasnochada idea de que el aumento de la penalidad es el mejor camino para combatir la delincuencia.

Este criterio de *peligrosidad del menor* no señalado expresamente, pero implícitamente definido por la gravedad del hecho punible; define en la mayoría de los casos la aplicación de la medida de internamiento. Así, vemos que las “medidas de internamiento responden a una mayor peligrosidad”,⁴⁵⁶ definida, insistimos, por la edad del sujeto y la naturaleza del hecho ilícito.

Junto con ello, hay que considerar que tratándose de la aplicación de las medidas cautelares, éstas igualmente pueden aplicarse atendiendo a esta evaluación, con base en los hechos, de la peligrosidad del menor; consistente en este punto en la posibilidad de que, en términos del artículo 28 de la reformada LO 5/2000, el menor se sustraiga de la acción de la justicia o que atente contra los bienes jurídicos de la víctima. Las medidas cautelares, en estos casos de *peligrosidad fáctica*, pueden consistir en internamiento en centro en el régimen adecuado, libertad vigilada, prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima, entre otras.

En este supuesto, de especial interés nos resulta la posibilidad de que pueda imponerse al menor la medida de internamiento. Como hemos señalado en múltiples ocasiones a lo largo de este trabajo, esta medida, a nuestro juicio, constituye una violación al principio de interés superior del menor, toda vez, que

⁴⁵⁶ PÉREZ MACHÍO, Ana Isabel. **El tratamiento jurídico-penal de los menores infractores –LO 8/2006–**. Tirant lo blanch, Valencia, España, 2007, Colección Monografías 412, p. 88.

se autoriza a que se le imponga una medida restrictiva de su libertad, que es una auténtica prisión preventiva, aún cuando sea llamada *cautelar*, sin que medie sentencia judicial que resuelva sobre su culpabilidad en el acto; quebrantando la presunción de inocencia y el principio de que no sea sometido a medidas restrictivas de la libertad sino como última instancia.

La graduación de la *peligrosidad* en la LO 8/2006, atendiendo a la magnitud de la violación a la norma penal, puede explicarse como la inclusión dentro del Derecho de menores del, en términos jakobsianos, *Derecho penal del enemigo*; dentro del cual, la libertad y los derechos del menor pueden restringirse en aras de garantizar el cumplimiento de la norma.

Sobre ello, POLAINO-ORTS ha apuntado acertadamente que: “la reforma que ha operado la LO 8/2006 en el tratamiento del menor infractor ha supuesto un cambio de paradigma, puesto que, aunque se sigue estimando formalmente como objetivo primordial el ámbito de libertad del menor, ha introducido medidas que coartan esa libertad, para salvaguardar otros bienes jurídicos esenciales que también han de tenerse en cuenta, como la seguridad pública. Se posibilita imponer al menor, en determinados supuestos, exactamente las mismas medidas que las que se imponen al adulto peligroso: medidas como el alejamiento de la víctima (...) el nuevo Derecho penal del menor, con su recién estrenada filosofía del Derecho penal del enemigo, *optimiza la protección de bienes jurídicos (seguridad ciudadana), a costa de la reducción de las esferas de libertad del menor*. Con ello, se pretende acercar lo más posible el menor al adulto en cuanto al tratamiento penal, para lo cual se endurecen las sanciones penales que corresponden al menor por sus hechos delictivos graves y se reduce los presupuestos de aplicación de las mismas.”⁴⁵⁷

En un sentido similar, Octavio GARCÍA PÉREZ habla de la introducción del modelo de *seguridad ciudadana* en la justicia de menores, haciendo a un lado las peculiaridades que han caracterizado al Derecho de menores infractores. Esquema que se justifica, en la necesidad de atender “la gran preocupación social por el aumento de la delincuencia de menores, así como la pérdida de confianza en la Ley por la sensación de impunidad de las infracciones más cotidianas y frecuentemente cometidas por estos menores, como son los delitos y faltas patrimoniales”.⁴⁵⁸ En esta tesitura, el modelo potencia “la privación de libertad, especialmente de la modalidad más grave del internamiento, y, por tanto, del carácter afflictivo de las sanciones.”⁴⁵⁹

⁴⁵⁷ POLAINO-ORTS, Miguel. “La irrupción del Derecho penal del enemigo en la legislación penal de menores”. En **Crónica Jurídica Hispalense**, Tirant lo blanch, Sevilla, España, no. 5/2007, p. 325.

⁴⁵⁸ GARCÍA PÉREZ, Octavio. “La introducción del modelo de seguridad ciudadana en la justicia de menores”. En SOLA RECHE, Esteban, et. al. (eds.). **Derecho penal y psicología del menor**. Ed. Comares. Centro de Estudios Criminológicos, Universidad de la La Laguna, Granada, España, 2007, Biblioteca Comares de Ciencia Jurídica, p. 41.

⁴⁵⁹ ÍDEM.

Las anteriores disposiciones, muestran como el Derecho de menores infractores se orienta más hacia la supuesta protección de la seguridad pública con el incremento de la intensidad de las sanciones, haciendo a un lado el carácter educativo de las medidas. En este sentido, puede verse como en los últimos años, se invoca desde muchos sectores la necesidad de emplear un mayor rigor en la sanción de los delitos cometidos por los menores. En España, esta tendencia está ahora plenamente vigente, concretada por las reformas de la ley.

Este cambio hacia un mayor énfasis en el control, se ha producido como consecuencia de tres factores: “en primer lugar, ha sido una respuesta ante el ingreso dentro de la jurisdicción de menores de los delincuentes juveniles de edad comprendida entre los 16-18 años, que indudablemente produjo un aumento importante de los casos que tenían que atenderse bajo la tutela del sistema, y un aumento de la ansiedad por parte de la sociedad acerca de la incapacidad que ésta percibía para que dicho sistema controlara adecuadamente una delincuencia que antes estaba sujeta a las penas de prisión”.⁴⁶⁰ En segundo lugar se encuentra la alarma social generada por los graves delitos cometidos por menores, maximizados por los medios, a mediados de la década de los noventa. Ante esos delitos, el público “constantemente se preguntaba si hechos de esa naturaleza no estaban siendo relativizados en su gravedad por un sistema que, como mucho, sólo podía ofrecer ocho años de internamiento a los responsables.”⁴⁶¹

Un tercer factor que incidió en el reclamo de un Derecho de menores más severo, fue el contexto socio-jurídico que ha redefinido al mismo derecho penal en los últimos años. En esta tesitura, se ha visto como “en materia de derecho penal se ha producido en los últimos años una corriente general orientada a privilegiar la incapacitación y disuasión como armas prioritarias para enfrentarse al delito; prueba de ello es el espectacular incremento que se ha producido en el número de sujetos condenados a penas privativas de libertad, prácticamente sin parangón en la España moderna.”⁴⁶²

Este nuevo Derecho de menores, sea que pueda catalogarse como *del enemigo*; como el modelo de seguridad ciudadana; o simplemente, que se caracterice por una mayor severidad, está olvidando, insistimos, los afanes educativos que le dieron origen, abrazando la comisión de excesos con sus fines sancionadores. La búsqueda de la *ejemplaridad* mediante el castigo, puede resultar perniciosa; en primer lugar, porque al “vaciar de contenido educativo a las medidas de internamiento más severas, por confiar en que la severidad hará el trabajo de desincentivar al menor que la recibe para que no vuelva a reincidir”, se

⁴⁶⁰ GARRIDO GENOVÉS, Vicente, et. al. op. cit., p. 17.

⁴⁶¹ IBIDEM, p. 18.

⁴⁶² IDEM.

está marginando el objetivo que da justificación al Derecho de menores infractores; y en segunda instancia, resulta una política incompleta, al “imponer cada vez más medidas de internamiento que en absoluto serían necesarias si se contara con una batería de oportunidades de reinserción adecuada merced al cumplimiento efectivo de las medidas educativas comunitarias contempladas por la ley.”⁴⁶³

Otro momento en el cual se presenta claramente a nuestro juicio la noción de *peligrosidad* del menor, es en la etapa procesal en que se rinden los informes del Equipo Técnico multidisciplinario. En su Informe, este equipo puede recomendar la adopción de medidas cautelares a los menores, así como de la medida de tratamiento más conveniente, de acuerdo a lo que se determine respecto a su personalidad y sus circunstancias médico-psicológicas.

DE URBANO, refiere que “los informes, constituyen una fuente de información imprescindible, y sirven a la finalidad de estudiar la personalidad del menor para alcanzar una comprensión suficiente de sus características personales, familiares, carencias educativas y necesidades de integración social... y “sobre cualquier otra circunstancia relevante a los efectos de la adopción de algunas de las medidas previstas en la Ley (art. 27.1)”. Dichos informes tienen la naturaleza de dictamen pericial, “en cuanto emanados de un órgano imparcial al servicio de la Administración de Justicia y presenta una eficacia legal reforzada por su carácter preceptivo”.⁴⁶⁴

De acuerdo con el referido artículo 27, regla 1, el Informe Técnico evaluará la situación psicológica, educativa y familiar del menor, así como sobre su entorno social, y cualquier otra circunstancia relevante a los efectos de la adopción de alguna de las medidas previstas en la ley. Así, aunque la mención no sea textual, la noción de *peligrosidad* sigue latente, no sólo como característica evaluable dentro del estado personal del menor, sino como *circunstancia relevante*, en términos del precepto, para la determinación de la medida, cuando se muestra con mayor claridad en el caso de menores reincidentes.

Esta evaluación implícita en otros ámbitos de la *peligrosidad* del menor no puede verse como un proceso objetivo. No sólo, como se ha visto, los criterios para definirla como una característica *personal* del menor, y no de su conducta, no han sido definidos claramente; de ahí que imperen razones como la gravedad de los hechos, la reincidencia, o la edad, para determinarla (en el entendido de que en la nueva legislación, *mayor peligrosidad, merece mayor sanción*); además, hay que añadir que los miembros del Equipo Técnico, quienes debieran brindar una

⁴⁶³ IBIDEM, p. 21.

⁴⁶⁴ DE URBANO CASTRILLO, Eduardo y DE LA ROSA CORTINA, José Miguel. **Comentarios a la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor**, Aranzadi Editorial, Navarra, España, 2001, p. 187.

opinión formulada científicamente respecto al estado psicológico y a la personalidad del menor, con miras a planear una adecuada intervención y tratamiento; muchas veces adolecen de conocimientos especializados mínimos para la atención de menores infractores; haciendo que ese carácter interdisciplinario de la materia, quede en buenos deseos.

Así lo ha demostrado la práctica jurídica. Diversas investigaciones, han revelado que existe una escasa formación específica en los profesionales que participan en la aplicación de la LORPM. En este sentido, se ha visto que “no todos los profesionales que trabajan con menores poseen unos conocimientos específicos sobre quiénes son estos menores, y mucho menos poseen un conocimiento claro y estructurado sobre cómo intervenir con ellos. Además, la mayoría de los educadores del sistema de justicia juvenil en nuestro país carece de los instrumentos apropiados que les permitan una adecuada evaluación de los factores asociados a la conducta delictiva, fundamentalmente *protocolos de predicción del riesgo de reincidencia*, *programas de intervención* basados en modelos cognitivo-conductuales y destinados a modificar el pensamiento de los delincuentes, así como una *metodología de intervención familiar* basada en el modelo social-interaccional.”⁴⁶⁵

Estos estudios muestran como ciertos pilares que dan en buena medida sustento al sistema de menores infractores (posibilidad de evitar la reincidencia del menor, reeducación y tratamiento en el seno familiar); no operan en la práctica por carencia de recursos humanos adecuadamente capacitados para ello. Y si a ello se agrega la escasa disponibilidad de recursos económicos que suelen padecer las instituciones jurídicas en general; puede verse como el carácter supuestamente educativo de las medidas en materia de menores infractores carece de eficacia no sólo por las intenciones punitivas de los legisladores, sino a su vez, por la imposibilidad material que la falta de recursos humanos y materiales produce.

La posibilidad de individualizar la medida según cada menor, es una característica del esquema de menores infractores que debe reforzarse; pero ésta, debe atender no a criterios de *peligrosidad* tasada en base a la mera conducta delictiva o a la edad del menor, factores a los que la nueva ley, como señalamos, ha concedido importancia prioritaria. Es necesario otorgar capital trascendencia, a que esta diferenciación entre los menores se base en criterios científicos, acorde con las evaluaciones pertinentes de los especialistas; quienes atendiendo a las concepciones más avanzadas para el tratamiento de la delincuencia de menores, planeen los términos adecuados de la intervención; todo ello, en un marco de respeto a los derechos y garantías del menor.

⁴⁶⁵ GARRIDO GENOVÉS, Vicente, et. al. op. cit., p. 55.

Para ello, evidentemente, se requiere capacitar adecuadamente a los miembros del equipo técnico; quienes de inicio, debieran encontrarse obligados a contar con los conocimientos y preparación mínimos para su labor. Asimismo, resulta una exigencia capacitar a todos los funcionarios que se han de encargar de la atención de menores, tanto durante el procedimiento, como cuando se determine la aplicación de alguna medida o tratamiento.

En este sentido, y según concluyen GARRIDO y otros, “es fundamental que todos aquellos profesionales que intervienen de una manera directa o indirecta con los menores a lo largo de todo el proceso penal, sean *capaces de comprender la situación personal, social y familiar de cada menor, en cuanto se relaciona con su carrera delictiva, y extraer de ello objetivos que deriven en el conocimiento de métodos eficaces de intervención*. También es necesario que los responsables técnicos del tratamiento de los jóvenes *conozcan programas de actuación y líneas de trabajo que orienten la labor diaria* de los profesionales, y que consigan *mejorar los recursos existentes*. Si no se emplean criterios de eficacia educativa, se emplearán sólo criterios estrictamente jurídicos a la hora de imponer las medidas socioeducativas, y de poco nos servirán para prevenir futuros comportamientos delictivos.”⁴⁶⁶

Las medidas han de establecerse y seguirse, atendiendo no sólo a criterios meramente jurídicos, o a construcciones arbitrarias como la *peligrosidad*; sino dando cabida a los elementos educativos, de tal suerte que toda medida, cuente con este contenido educativo estructurado, que cumpla con el fin último del Derecho de menores infractores.

III.- LA LEGISLACIÓN MEXICANA

De acuerdo con la legislación para menores infractores vigente en México, los sistemas de tratamiento debieran ser acordes a las características de los menores internos, atendiendo a su sexo, edad, grado de desadaptación social, naturaleza y gravedad de la infracción.

Al respecto, afirma TOCAVEN lo siguiente: “Ahora bien, si tenemos un principio de legalidad adecuado -ajeno completamente al Derecho Penal- instalaciones apropiadas que se mantienen vivas constantemente; personal perfectamente seleccionado y capacitado, deberemos dar como siguiente paso, un sistema de trato y tratamiento que realmente ayude a estructurar la personalidad desviada o francamente antisocial del menor, sistema que provea la contemplación integral del momento cronológico del niño y del joven desde los

⁴⁶⁶ IBIDEM, p. 56.

terrenos biológicos, psicológico, social y cultural que contengan diversas fases que atiendan desde la recepción, perfectamente estructurada, hasta la reinserción social plena, pasando por la observación la clasificación por grupos, o toma de alternativas, según se recomiende por un organismo interdisciplinario.”⁴⁶⁷

De tal suerte, que la Unidad administrativa que se encargue de la prevención y tratamiento de menores, deberá contar con los centros de tratamiento interno que sean necesarios, para lograr la adecuada calificación y el tratamiento diferenciado de menores.⁴⁶⁸

Los casos principales se dan por infantes que han sido abandonados por sus familias, sobre quienes nos dice Roberto TOCAVEN: “Es muy frecuente que los abandonados morales desarrollen una personalidad neurótica y sobre todo una marcada inestabilidad de carácter. Recordemos que como características típicas de estos niños tenemos su comportamiento extravagante y agresivo, su gran impulsividad y tendencia a la crueldad, la fuga y el robo y asimismo, una gran dificultad para establecer contactos afectivos a la vez que una gran sed de afecto, junto con una falta de reacciones emocionales adecuadas, una carencia de sentimientos de culpa.”⁴⁶⁹

Asimismo, tenemos el caso de aquellos menores que durante su desarrollo han sufrido una alteración en la estructuración de sus estados emocionales, típicos durante la adolescencia. Sobre este respecto, se señala que “Esta situación anómala no corresponde a un estado fijo y definido como en el caso de los enfermos mentales, sino que aparece en el proceso evolutivo del desarrollo del individuo como una fase pasajera en su camino vital. Las características psicológicas del inadaptado se manifiestan con claridad y nitidez en su actuación social, éstas presentan una serie de peculiaridades entre las que destaca un desbordamiento de la agresividad que abarca desde la travesura jocosa e inocente hasta el homicidio, desde la grosería incómoda hasta el vandalismo,

⁴⁶⁷ TOCAVEN GARCÍA, Roberto. **Elementos de la criminología infanto-juvenil**. Ed. Porrúa, México, 1991, p. 150.

⁴⁶⁸ Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal
Artículo 118

La unidad administrativa encargada de la prevención y tratamiento de menores deberá contar con establecimientos especiales para la aplicación de un tratamiento intensivo y prolongado respecto a los jóvenes que revelen alta inadaptación y pronóstico negativo.

Las características fundamentales a considerar en estos casos, serán:

- I.- Gravedad de la infracción cometida;
- II.- Alta agresividad;
- III.- Elevada posibilidad de reincidencia;
- IV.- Alteraciones importantes del comportamiento previo a la comisión de la conducta infractora;
- V.- Falta de apoyo familiar; y
- VI.- Ambiente social criminógeno.

⁴⁶⁹ IBIDEM, p. 159.

pasando por todas las formas y fases evolutivas de la agresividad por las que ha pasado la humanidad en su evolución histórica.”⁴⁷⁰

Agrega el artículo 118, que las características fundamentales a considerar en los casos de jóvenes altamente inadaptados, serán:

- I.- Gravedad de la infracción cometida.
- II.- Alta agresividad.
- III.- Elevada posibilidad de reincidencia.
- IV.- Atenciones importantes del comportamiento previo a la comisión de la conducta infractora.
- V.- Falta de apoyo familiar.
- VI.- Ambiente social criminógeno.

Es innegable la controversia generada por este precepto; de inicio, aún entre quienes defienden la existencia de este tipo de menores infractores de *alta peligrosidad*, y la necesidad de darles un tratamiento diferente; no hay consenso respecto a la utilización de un sólo criterio, pues son muchas las circunstancias que llegan a determinar la antisocialidad del menor. En contraparte, se afirma que el artículo 118 establece un “*criterio individualizador* para los jóvenes que, según su texto, requieren tratamiento *intensivo y prolongado*. Esta es una evidente regla de *derecho penal de autor*, contraria al *principio de culpabilidad* y especialmente a su adecuación a las circunstancias de vulnerabilidad social e interés superior de niños y adolescentes. El criterio de tratamiento intensivo y prolongado, se sustenta en un diagnóstico de *alta desadaptación y pronóstico negativo*.”⁴⁷¹

Respecto a los seis supuestos que se establecen como características fundamentales a considerar en los casos de jóvenes altamente inadaptados, cabe mencionar lo siguiente:⁴⁷²

a. Gravedad de la infracción cometida. Según éste principio, ha de sustentarse la individualización en función de criterios de culpabilidad; sin embargo, la ley no prevé éstos últimos, como por ejemplo, la capacidad de niños y adolescentes de actuar conforme a lo que prohíben u ordenan las normas jurídico penales y la posibilidad concreta de actuar de acuerdo con dichas exigencias que se demuestren en juicio.

b. Alta agresividad. Si este elemento se pretende establecer a partir de la observación postdelictual de la conducta del menor, es insostenible porque no

⁴⁷⁰ IBIDEM, p. 161.

⁴⁷¹ **El sistema mexicano de justicia penal para los menores y la doctrina de las Naciones Unidas para la protección integral del niño y la niña.** Publicaciones de la CNDH, México, 1996, p. 36.

⁴⁷² IBIDEM, pp. 36-39.

tiene relación con la conducta típica; si la tuvo, debió haberse evaluado en el estudio de la culpabilidad y, de establecerse que la agresividad es un fenómeno que no depende del control del encausado, ello debe considerarse como causa atenuante o tal vez excluyente de responsabilidad. La alta agresividad postdelictiva sólo puede ser materia de atención psicopedagógica y control disciplinario, pero no criterio rector de la individualización de la sanción en términos de tratamiento intensivo y prolongado.

c. Elevada posibilidad de reincidencia. Este elemento es un típico componente de la evaluación de la peligrosidad y, consecuentemente, propio de un derecho penal antidemocrático, pues sirve de sustento a la imposición o agravación de penas sin que se haya concretado una conducta materia de reproche. Este elemento es la más clara violación al principio de *nulla poena sine culpa* y a la secuencia de principios en que se legitima éste, puesto que el elemento de la elevada posibilidad de reincidencia es declarado en un acto prejurídico que no está sujeto a ningún control de garantías.

d. Alteraciones importantes del comportamiento previo a la comisión de la conducta infractora. Este es un elemento que debe de ser valorado por el juzgador en el momento de la individualización, sustentada en criterios de culpabilidad, de tal manera que si las alteraciones pudieron diluir la culpabilidad, se estaría en presencia de una excluyente de culpabilidad, y si las alteraciones no afectaron el curso de la conducta delictiva y no se vuelven a presentar, es obvio que no pudieron ser materia del juicio ni pueden serlo tampoco de la individualización administrativa de la medida. Para el caso de que estas alteraciones se presenten con posterioridad al delito, tendrán que ser materia de diagnóstico especializado y si es el caso, deberá de prevalecer el *interés superior del niño* y de su salud, así como los derechos al mejor tratamiento posible, lo que supone la terminación de la medida sancionatoria y la aplicación de la atención especializada que proceda. La atención especializada también deberá estar sujeta a control jurisdiccional, según lo establece el principio 18 de los Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental, aprobados por la ONU el 17 de diciembre de 1991. Si las alteraciones importantes del comportamiento durante la comisión de la infracción son irrelevantes para la culpabilidad, éstas no deben ser materia de individualización ni judicial ni ejecutiva.

e. Falta de apoyo familiar. Este elemento es un claro ejemplo de la categoría criminológica que un sistema de garantías debe superar, ya que establece una falsa relación entre estado de abandono y conducta infractora. Las consecuencias que se han seguido de esta relación son, por una parte, la creación de la categoría de *menor infractor*, que ha servido para criminalizar a niños y adolescentes de sectores marginados y, por otra, para justificar estancias prolongadas, puesto que, en un gran número de casos, la falta de apoyo familiar es en muchos casos estructural y permanente. De cualquier modo, este elemento

rebasar los criterios de culpabilidad y permite un acto arbitrario, dado que se dirige a justificar un internamiento prolongado por una causa ajena al menor.

f. Ambiente social criminógeno. Este elemento, al igual que los anteriores, consigue anular toda consideración de culpabilidad y permite individualizar un encierro prolongado por causas que tienen mucho que ver con la falta de democracia en el país, además de que el concepto es ambiguo y se basa en una apreciación simplista que supone relaciones de causalidad entre conducta infractora y condiciones sociales de violencia. Es significativo notar que esta idea, propia del positivismo sociológico, considera a los supuestos componentes biológicos de la conducta delictiva como parte de los elementos sociológicos, pero no toma en cuenta los factores criminógenos que aporta la intervención punitiva del Estado, su corrupción, su violencia ilegítima y su conducción antidemocrática de las cuestiones públicas.

Otro criterio desafortunado que contiene el artículo 118 y que fortalece la inseguridad jurídica de los niños, es la regla que les da carácter meramente enunciativo a las fracciones criticadas, con lo que los funcionarios de jurisdicción, y los encargados del diagnóstico del menor, podrán agregar discrecionalmente otros parámetros para determinar casos de tratamiento intensivo y prolongado.

La mayoría de las legislaciones locales emitidas en México siguiendo el mandato constitucional de la reforma de 2005, se inclinan por suprimir la noción de *peligrosidad* al momento de establecer la sanción del menor, disponiendo de manera general que la responsabilidad, se fincará sobre la base del respeto irrestricto al principio de culpabilidad por el acto y no admitirá, bajo ninguna circunstancia, consideraciones acerca del autor del hecho imputado, su personalidad, vulnerabilidad biológica, temibilidad o peligrosidad.

Se analizarán algunos ejemplos.

A. Baja California.

La Ley de Justicia para Adolescentes del Estado de Baja California, publicada en el Periódico Oficial No. 45, de fecha 27 de octubre de 2006, Tomo CXIII, Sección I, dispone en su artículo 30, fracción III, que es atribución del director del Centro de Diagnóstico para Adolescentes, “Mantener una estricta separación de los adolescentes internos, de conformidad a los criterios de sexo, edad, grado de peligrosidad, tipo de conducta ilícita, salud física y mental, protección contra influencias nocivas y situaciones diversas de riesgo”.

Es atribución de la misma autoridad elaborar a cada interno, un Diagnóstico Integral de Personalidad, a efecto de ser remitido al Juez para Adolescentes para evaluar su condición particular.

De igual manera, según la fracción IV del artículo 33, es atribución de la autoridad denominada “Titular del Centro de Ejecución de Medidas”, “Mantener una estricta separación de los internos, primordialmente en atención a los criterios de sexo, edad y grado de peligrosidad”; atendiendo además a otros factores de diferenciación, como el tipo de conducta ilícita, salud física y mental, protección contra influencias nocivas y situaciones diversas de riesgo.

Como se ve de los dos anteriores artículos, se considera de especial importancia mantener una adecuada separación entre los adolescentes según su grado de peligrosidad; no obstante, no se hacen señalamientos objetivos en la legislación comentada respecto a la manera de evaluar la peligrosidad, lo cual puede incurrir en violación de garantías a los menores.

B. Campeche.

La Ley de Justicia para Adolescentes del Estado de Campeche, expedida por Decreto Num. 337, P.O. 3643, publicado el 12 de Septiembre de 2006, dispone en su artículo 6, que la responsabilidad, de los sujetos de esta ley, se fincará sobre la base del respeto irrestricto al principio de culpabilidad por el acto y no admitirá, bajo ninguna circunstancia, consideraciones acerca del autor del hecho imputado, su personalidad, vulnerabilidad biológica, temibilidad o peligrosidad.

C. Jalisco.

La Ley de Justicia Integral para Adolescentes del Estado de Jalisco, publicada el 12 de septiembre de 2006, en el Periódico Oficial Sección III, determina en el artículo 14 que la responsabilidad de los adolescentes se fincará sobre la base del respeto irrestricto al principio de culpabilidad por el acto y atendiendo consideraciones acerca del autor del hecho imputado, su personalidad, vulnerabilidad, temibilidad o peligrosidad del hecho.

D. Sinaloa.

En la Ley de Justicia para Adolescentes del Estado de Sinaloa, publicada en el Periódico Oficial No. 109 Segunda Sección del 11 de septiembre de 2006, se dispone, en términos del artículo 15, que la responsabilidad de los adolescentes se fincará sobre la base del respeto irrestricto al principio de culpabilidad por el acto, y no admitirá bajo ninguna circunstancia, consideraciones acerca del autor del hecho imputado, su personalidad, vulnerabilidad biológica, temibilidad o peligrosidad.

E. Distrito Federal.

De igual forma, la Ley de Justicia para Adolescentes para el Distrito Federal, de 14 de noviembre de 2007, señala en el artículo 15 que la responsabilidad de los adolescentes se fincará sobre la base del respeto irrestricto al principio de culpabilidad por el acto y no admitirá bajo ninguna circunstancia consideraciones acerca de la personalidad, peligrosidad, ni de cualquier otra que se funde en circunstancias personales del autor de la conducta tipificada como delito.

IV.- LA OPINIÓN PÚBLICA ANTE LA DELINCUENCIA JUVENIL

Permanentemente, la sociedad en su conjunto ha mostrado una gran preocupación ante el fenómeno de la delincuencia juvenil, sobre todo, por la supuesta impunidad de que gozan los actores de la misma. Cada vez es más común, sobre todo en los países más industrializados, que menores se vean inmersos en crímenes graves y violentos; ante lo cual, se alzan voces exigiendo una reacción del Derecho Penal juvenil, a través de una política criminal represiva contra los menores involucrados en actos delictivos.

Sin embargo, como hemos pretendido mostrar a lo largo de este trabajo, la solución no es de ninguna manera el incremento de las penalidades; las posturas a favor de un irreflexivo aumento en las sanciones, demuestran falta de conocimiento y una actitud poco científica hacia el problema, reaccionando sólo ante los síntomas, sin atender las causas de la delincuencia juvenil.

En los últimos años, se ha visto el constante debate entre diferentes modelos, que a grandes rasgos, podemos ubicar entre dos extremos: por un lado, se siguen los instrumentos internacionales que pugnan por el respeto irrestricto a los derechos y garantías de los menores, y se llama a que la intervención de la autoridad cuando los menores cometen actos ilícitos, busque más que la mera pena, la resocialización del infante; y por el otro, cobra auge la *cero tolerancia*, política que siguiendo principalmente el modelo de los Estados Unidos, eleva la severidad de la reacción estatal, sin preocuparse por distinguir entre menores y adultos.

Esta *cero tolerancia* es una respuesta a la incapacidad que han mostrado los sistemas de justicia juvenil para ofrecer una respuesta eficaz ante la delincuencia juvenil y su coincidencia con el cambio socio-cultural en las condiciones de vida de los jóvenes -incremento de pobreza, inmigración, dependencia social, inestabilidad familiar y fracaso escolar- parecen augurar más delincuencia.

Así, vemos como “el siglo XXI comienza con un debate impulsado por la doctrina norteamericana (...) sobre la conveniencia de transformar -llegando, incluso, a planteamientos abolicionistas- el sistema de justicia juvenil. En Estados

Unidos, las últimas tendencias u orientaciones van encaminadas a utilizar medidas de mediación-reparación (*diversion*) para la delincuencia juvenil leve o de escasa gravedad (*status offenders*) y a la remisión de la delincuencia juvenil más grave al sistema de justicia penal de adultos. Desafortunadamente, en Europa, se han hecho eco de esta nueva “filosofía” países con una orientación tradicionalmente anglo-sajona como Inglaterra y Gales, los países escandinavos e incluso Holanda, manteniendo todavía los países de la Europa continental (Alemania, Francia, Italia o Portugal) una más arraigada tradición de educación, intervención mínima y sanciones alternativas a la privación de libertad. La situación española es preocupante, ya que, aunque la LORRPM se inscribe claramente en la línea del resto de países europeos, sus últimas reformas parecen tener más elementos en común con la filosofía de *zero-tolerance* (mayor control social y más represión) imperante en Estados Unidos e Inglaterra.”⁴⁷³

Estas ideas se han extendido a diversos países europeos y a Latinoamérica. Retomando los casos de México y España, podemos afirmar que en ambos países, si bien los estudiosos y especialistas, coinciden en la necesidad de adaptar el modelo garantista de protección del menor a las condiciones locales, marginándolo del derecho penal, aunque respetando todos sus derechos y garantías; los políticos y legisladores son proclives a caer en el error de impulsar reformas legales irreflexivas, buscando soluciones aparentemente radicales, aunque inservibles, cediendo sobre todo a la presión de los medios de comunicación masivos, que, actuando muchas veces en el amarillismo, difunden con mayor amplitud los hechos más violentos cometidos por los menores, exigiendo de las autoridades soluciones prontas y espectaculares.

Por lo que hace al caso español, es interesante guiarnos en el estudio realizado por Carlos VÁZQUEZ GONZÁLEZ y María Dolores SERRANO TÁRRAGA, quienes analizan la repercusión de los medios de comunicación en la transformación sufrida en los últimos años por la política criminal española en materia de delincuencia juvenil. Según afirman, la opinión pública sobre la delincuencia está, en gran parte formada y mantenida por los medios de comunicación o, cuando menos influída en gran medida por ellos, pudiendo afirmarse que los medios de comunicación de masas contribuyen a configurar la imagen social de la delincuencia. Los medios de comunicación dedican, por lo general, más atención a los delitos más violentos y graves, llegando a ofrecer una sensación de que son habituales y frecuentes. El efecto de los medios de comunicación tal vez sea, en este ámbito, el de sobredimensionar la extensión de la delincuencia violenta; pues, los medios de comunicación no se limitan únicamente a recoger aquellos delitos más graves, violentos o “morbosos”, sino que simultáneamente prestan una atención especial a aquellos fallos o errores

⁴⁷³ VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos y SERRANO TÁRRAGA, María Dolores. “La opinión publica ante la delincuencia juvenil”. En **Anuario de Justicia de Menores**. Ed. Astigi, España, 2004, No. IV, p. 146.

más visibles del sistema de control formal del delito, como errores policiales, fugas de delinquentes, errores judiciales, sentencias incomprensibles por la sociedad (aunque estén ajustadas a derecho), corrupción policial o judicial, etc., aspectos que contribuyen a crear y a mantener la alarma social, creando, a su vez, una serie de tópicos que aumentan la desconfianza de la sociedad en la justicia y en los órganos encargados de combatir el crimen.⁴⁷⁴

Además, los medios de comunicación social, según la forma habitual de presentar la realidad de la delincuencia, contribuyen a desvirtuarla, creando estereotipos al reproducir las noticias sobre hechos delictivos; ello, afirman los investigadores, en el sentido de que la mayoría de los delitos no van a llevarse a cabo por personas que respondan a los estereotipos preestablecidos (gitanos, drogadictos, inmigrantes o jóvenes), sencillamente, por una razón meramente estadística, puesto que son grupos minoritarios.⁴⁷⁵

En el campo de los menores infractores, no puede descartarse la influencia que tienen los medios sobre la percepción colectiva del problema. Al ser algunos tipos de delincuencia juvenil actos llevados a cabo en grupo y con gran visibilidad, como el vandalismo, daños y destrucción del mobiliario urbano, violencia callejera, graffiti, etc.; se tiende a identificar de esta forma a la delincuencia juvenil, creándose sobre la misma una serie de estereotipos, aceptados por la sociedad y que no se corresponden fielmente con la realidad.

Así, como es puntualmente señalado por los estudiosos en comento, los medios de comunicación favorecen, en sus representaciones de la delincuencia juvenil, la asociación de: la delincuencia juvenil y la violencia; el consumo de drogas y la delincuencia juvenil; marginalidad (gitanos, inmigrantes) y delincuencia juvenil; apariencia externa de la juventud (determinados tipos de ropa, pelo largo o llevar la cabeza afeitada, tatuajes, pendientes o piercings, pinchos o cadenas, etc.) y delincuencia juvenil; determinadas aficiones musicales (punk, heavy metal, hard rock, ska, hip hop, rap), audiovisuales (cine de terror, gore, determinados videojuegos), lúdicas (skate, graffiti, juegos de rol) o de ocio nocturno, se asocian también con comportamientos antisociales y delictivos de la juventud.⁴⁷⁶

A lo anterior, cabría agregar otros elementos como la pobreza y la marginalidad, que si bien es un factor de riesgo, no es de ninguna manera una condicionante de la delincuencia de menores, como tradicionalmente ha sido considerado por la opinión colectiva.

La repetición de las historias delictivas por los medios de comunicación, en muchas ocasiones con la utilización de términos sensacionalistas o alarmistas,

⁴⁷⁴ Cfr. IBIDEM, pp. 147-163.

⁴⁷⁵ IDEM.

⁴⁷⁶ IDEM.

refuerza las opiniones populares sobre la violencia, las víctimas y los estereotipos delictivos, creando a su vez nuevos términos, de rápido calado social, para describir esta delincuencia juvenil urbana violenta, contribuyendo al miedo al delito, a la alarma social o al pánico moral en la población; terreno sumamente fértil para la proliferación de políticas como la mencionada *cero tolerancia*.

Siguiendo el trabajo de Carlos VÁZQUEZ GONZÁLEZ y María Dolores SERRANO TÁRRAGA, aseveran que la consecuencia más grave de este tratamiento informativo se traduce en la creación de un estado de alarma social, la mayoría de las veces infundado, que transmite a la población una realidad de la criminalidad que, provocada por informaciones totalmente distorsionadas, crea la impresión de que, finalmente, debe hacerse algo. Y puede, a su vez, traer importantes consecuencias en otro sentido; como el aumento de la discriminación, la estigmatización, una auténtica “demonización” social de los jóvenes: disminuyen los niveles de tolerancia y flexibilidad, se tiende a ver en todo joven a un enemigo, a censurarlos porque van en grupo, porque se expresan, porque todos son automáticamente violentos y probables delincuentes.⁴⁷⁷

De especial interés son las consecuencias que esta inseguridad ciudadana o miedo al delito, y la alarma social, estimuladas por los medios de comunicación, provocan en la política criminal. Es innegable que la opinión pública sobre la delincuencia y la criminalidad es importante para el diseño de las diferentes políticas criminales, ya que influye en la orientación que el gobierno imprime a la lucha contra el delito o al tratamiento de los delincuentes.

Cabe señalar, que si los ciudadanos suelen tener una opinión pública distorsionada o exagerada sobre la criminalidad y sobre las posibilidades personales de victimización, no es sólo por causa de los medios de comunicación que difunden percepciones “infladas” de la criminalidad, generando alarma social e la inseguridad ciudadana; sino que muchas veces, son los mismos políticos quienes, fomentan el miedo de un enemigo interno, el delito, para utilizarlo como uno de sus principales argumentos en las campañas electorales, prometiendo la aplicación, con el beneplácito de la sociedad, políticas criminales más punitivas o penalizadoras.⁴⁷⁸

Los ejemplos abundan, tanto en España como en México; en este último país, los participantes en los comicios presidenciales de julio del 2006, destacaron por sus constantes referencias a la necesidad de elevar la severidad del sistema penal y la cero tolerancia hacia la delincuencia en todas sus formas.

Independientemente de que la fuente de la alarma social sean medios de comunicación amarillistas o los políticos demagogos, es innegable que la

⁴⁷⁷ IDEM.

⁴⁷⁸ IDEM.

percepción de la delincuencia por la ciudadanía tiene una influencia decisiva en las reformas legislativas. En el caso español, VÁZQUEZ GONZÁLEZ y SERRANO TÁRRAGA afirman que: “Si exceptuamos las dos reformas tendentes únicamente a suspender la aplicación de la Ley penal del menor a los jóvenes adultos de 18 a 21 años, de 2000 y 2002 (llevadas a cabo principalmente por motivos estructurales, al no disponer las Comunidades Autónomas de los medios materiales y económicos necesarios para garantizar el efectivo cumplimiento de las medidas a estos jóvenes), las otras dos grandes reformas han coincidido en el tiempo con varios hechos de delincuencia juvenil que tuvieron un gran eco en los medios de comunicación, creando así una gran alarma social.”⁴⁷⁹

A modo de ejemplo, hacen mención del “crimen de la catana”, en el que un joven de 16 años mató a sus padres y a su hermana, con síndrome de Down, el 1 de abril de 2000. La alarma social de este caso se debió no sólo a la gravedad del hecho (les asestó unos 70 golpes de catana, espada japonesa de samurai, mientras dormían en su casa de Murcia), sino también a que fue puesto en libertad tras concluir el plazo de 6 meses de medidas cautelares adoptadas por el tribunal a la espera de juicio (art. 28 LORRPM). Con la nueva LORRPM, J. R. fue condenado, el 1 de junio de 2001, a una medida de 12 años de internamiento en un centro terapéutico, más otros 2 años de libertad vigilada. El “crimen de San Fernando”, donde dos jóvenes, I. y R., de 16 y 17 años respectivamente, asesinaron el 26 de mayo de 2000 a una compañera de colegio de 16 años. La alarma social de este suceso, ampliamente comentado por los medios de comunicación, se debió también a la gravedad del hecho (las dos jóvenes declararon que cometieron el delito porque “querían hacerse famosas” y “saber que se sentía al matar a una persona”), al ensañamiento con la víctima y a su puesta en libertad al cumplirse el plazo legal de 6 meses de medidas cautelares, además de a la constante presencia en los medios de comunicación de los padres de la víctima. Fueron condenadas a 8 años de internamiento en régimen cerrado, revisables al cumplir la mitad de la medida, y a otros 5 años más de libertad vigilada. Ambos sucesos, producidos antes de la entrada en vigor de la Ley, difundieron en la conciencia colectiva de la sociedad, tras el tratamiento excesivo otorgado por los medios de comunicación, una sensación de impunidad frente a comportamientos delictivos graves cometidos por menores, lo que dio lugar a una actitud social de rechazo a la Ley y a su deseo de cambio por una ley más punitiva que endureciera el tratamiento a estos menores autores de delitos graves.⁴⁸⁰

Como consecuencia de esto, “la reforma no tardó en producirse, y, aprovechando el legislador una modificación del Código penal y de la LORRPM en relación con los delitos de terrorismo, procedió, un mes antes de que entrara en vigor, a su primera reforma por LO 7/2000, de 22 de diciembre, endureciendo

⁴⁷⁹ IDEM.

⁴⁸⁰ IDEM.

notablemente la duración de las medidas sancionadoras susceptibles de imponerse a los menores autores de delitos graves.”⁴⁸¹

Respecto a esta reforma 7/2000, se ha afirmado que ésta: “Con la excusa de la lucha contra el terrorismo, modificó el régimen de medidas no solamente para los delitos de terrorismo, sino también para los delitos de asesinato, homicidio y agresión sexual, regulación que a partir de entonces se desarrollaba, a pesar de su sustantiva importancia, en una Disposición Adicional, agravando de forma insoslayable la determinación y los límites de las medidas, reflejando así finalidades exclusivamente punitivas pues imposibilitan la flexibilidad necesaria ante finalidades educativas e reintegradoras, en contra de la propia filosofía de la ley y de todos los convenios, tratados y recomendaciones internacionales sobre la justicia de menores.”⁴⁸²

Este criterio fue seguido y fortalecido posteriormente, con la LO 8/2006.

El anterior, junto con otros ejemplos de la repercusión que algunos delitos tienen en los principales medios de comunicación, y su influencia en la política criminal; sirve a los investigadores para concluir que, como regla general, la solución del problema de la delincuencia propuesta por los políticos, tanto en España como fuera de ella, se basa en patrones de reacción tradicionales y demasiado simplistas: leyes más rigurosas, penas más drásticas y mayor presencia de la policía en la calle. El legislador español, en completo acuerdo con las tendencias político-criminales imperantes sobre todo en el derecho anglosajón, se propuso un Derecho penal juvenil más punitivo y represivo, para lo cual aprovechó la alarma social y el consiguiente aumento del miedo a la delincuencia juvenil y de la inseguridad ciudadana, creado por varios sucesos ampliamente recogidos y comentados por los medios de comunicación.

Como es lógico, según apuntan, esta política es criticable, ya que la política criminal, en una materia de tanta importancia y trascendencia para nuestra sociedad como es la lucha contra la delincuencia juvenil, debe llevarse a cabo de forma más coherente y rigurosa, por la que una Ley, aprobada con un consenso mayoritario y bien recibida por los operadores jurídicos de este país, no se reforme por criterios oportunistas, electorales o meramente políticos, sino por criterios de efectividad y operatividad fundamentados en investigaciones empíricas serias y rigurosas, en la evaluación de programas y en las verdaderas ganas de resolver aquellos problemas legales más acuciantes, como la falta de medios humanos, materiales o económicos para su efectiva realización.”⁴⁸³

⁴⁸¹ IBIDEM, pp. 158-159.

⁴⁸² **Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores.** 2ª ed., COLEX, Madrid, España, 2007, p. 42.

⁴⁸³ VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos y SERRANO TÁRRAGA, María Dolores. op. cit., p. 163.

Es de interés comentar, con respecto a la tendencia de endurecer la Ley del Menor, la opinión emitida a principios de 2006 en Madrid por el Grupo de Estudios de Política Criminal, formado por 180 jueces, fiscales y profesores de derecho penal; quienes cuestionan especialmente el endurecimiento de las medidas de privación de libertad y la posibilidad de que los menores delincuentes pasen a la cárcel a los 18 años. Este Grupo de Estudios, asegura que es falso que la delincuencia de menores haya aumentado en los últimos años; de acuerdo con datos del Ministerio del Interior se ha pasado de una tasa de detenciones de 13,56 menores por cada mil en 2000 a 13,06 en 2004. Al margen de las estadísticas, lo importante es retomar las ideas del informe emitido por este grupo en el sentido de que es necesario mantener la orientación educativa de la Ley del Menor y no abandonarla por el criterio de la mera represión. Es indispensable combatir las raíces del problema, no sus meros síntomas.

IV.- REFLEXIONES FINALES SOBRE LAS PREVISIONES LEGALES DE LA PELIGROSIDAD DEL MENOR.

De especial interés, es que la doctrina y los especialistas coincidan en afirmar que no existen criterios precisos para determinar la “peligrosidad criminal”, o la “antisocialidad” de los menores. Ni entre los investigadores ni entre los legisladores de los diferentes países existe consenso al respecto; por el contrario, la evaluación de la “peligrosidad criminal” del menor, suele realizarse con base en cuestiones ambiguas, meramente circunstanciales, aún en prejuicios, que lejos de contribuir a la identificación de las causas de la criminalidad infantil, y a definir el tratamiento más adecuado para su reinserción social, estigmatizan y etiquetan a los menores infractores, tal y como sucede con los delincuentes adultos, cuando caen en el ámbito del derecho penal.

Aún quienes defienden la existencia de menores infractores de alta peligrosidad, y por ende la necesidad de darles un tratamiento diferente, no han formulado criterios objetivos al respecto, pues son muchas las circunstancias que llegan a determinar la antisocialidad del menor.

Empero, tampoco se puede afirmar, en el extremo opuesto, que ante la imposibilidad de determinar objetivamente el nivel de “desadaptación” de cada menor, todos aquellos que han cometido una conducta infractora deben recibir el mismo trato o ser sometidos a las mismas medidas.

Indudablemente, creemos que la graduación de las medidas y la planeación del tratamiento educativo para el menor, debe ser acorde a sus características; por ejemplo, el sexo, la edad, el grado de desadaptación social, la naturaleza y gravedad de la infracción. La conflictiva se presenta al intentar evaluar ese grado

de desadaptación social; a través del diagnóstico y la evaluación psicológica y biológica, procedimientos que muchas veces resultan poco objetivos y más aún, violatorios de garantías.

Lamentablemente, en el caso de la legislación española, tras la LO 8/2006, la evaluación psicológica, que con todo y sus defectos, nos parece un factor de primer orden a considerar para la individualización de la medida aplicable; ha disminuido drásticamente su importancia, pues sin más, la edad y la gravedad de la conducta infractora se han asumido como los dos factores de mayor importancia para determinar la medida a aplicar, y para evaluar, con base exclusivamente en los hechos, sin atender a su personalidad, la peligrosidad del menor.

Así, haciendo al margen la individualización del tratamiento y la rehabilitación según las condiciones intrínsecas del menor, éste es atendido tomando en consideración, sólo su edad, y la gravedad de la conducta que se le imputa. Según ésta regla, los infantes a quienes se acusa de una conducta típica como el homicidio, se consideran, *per se*, mucho más peligrosos que quienes han cometido robos o infracciones menores.

Este ejercicio mental, de vincular al menor exclusivamente con la conducta que ha cometido, resulta pernicioso no sólo para el menor en sí, al hacerse a un lado sus condiciones peculiares, sino a su vez para la autoridad encargada de aplicar la medida respectiva, pues parcializa su visión de las cosas, y en última instancia para la sociedad en su conjunto, que tras la aplicación de un tratamiento resocializador inadecuado, es muy probable que vea al menor convertirse en delincuente profesional.

Según el espíritu retributivo del derecho penal, dependiendo de la magnitud del daño que ha causado la conducta infractora a los bienes jurídicos que interesan al conglomerado social, será la magnitud de la respuesta de ésta, o cuando menos, el interés en que se atienda el conflicto por parte de la autoridad especial correspondiente. No obstante, insistimos, si el fin al movilizar el aparato estatal encargado de atender las conductas infractoras del menor no es la sanción por el hecho en sí misma, sino la resocialización del infractor, el punto de partida no debiera ser entonces la conducta delictiva por sí misma, como hecho aislado, sino entendida tan sólo como un síntoma, una consecuencia generada por varias causas y motivos que llevaron al menor a traspasar la línea de la legalidad, las cuales son las que realmente exigen atención.

Siguiendo los trabajos y estudios sociológicos sobre las causas de la conducta delictiva en menores, puede verse que en ellos influyen un sinnúmero de factores; sin intención de restringir valor a las demás interpretaciones, resultan de especial interés las posturas que hablan de dos causas esenciales:

a) la marginación, es decir, cuando por sus condiciones desfavorables, el menor marginado no ha podido acceder a las pautas de socialización existentes en el sistema social donde se desenvuelve.

b) el aprendizaje, cuando en su desarrollo el menor ha aprendido más actitudes antisociales, en comparación con las tendientes a obedecer la ley, sea por influencia directa de comportamientos delictivos, es decir, copiando a los adultos que le rodean; o por el aislamiento frente a los modelos normales no delictivos, lo cual nos lleva nuevamente a la marginación.

Quisiera resaltar los postulados que afirman que la conducta delictiva es aprendida, al igual que el hombre aprende otras pautas de comportamiento. Este aprendizaje de las conductas delictivas, como proceso de asociación con aquellos sujetos que manifiestan un comportamiento antisocial, puede darse tanto en los grupos primarios donde el menor se desenvuelve, como la familia o el barrio; hasta por influencia de agentes totalmente externos a él pero cuyo poder de convencimiento es aún mayor, como los medios de comunicación.

Además de estos, es viable considerar otros factores de riesgo, que no son de ninguna manera una condicionante de la delincuencia de menores, pero si suelen estar presentes en gran parte de los casos. El menor, sujeto a la influencia de los factores criminógenos, incursiona en el comportamiento infractor porque su estado de desarrollo personal y psicológico, ante la debilidad de las motivaciones que le influyen a actuar apegado a la ley, actúa delictivamente porque es el camino más atrayente o viable que tiene frente a sí. En tales circunstancias, su conducta delictiva es solamente contingente, y por tanto, no debiera ser el aspecto principal que se tome en consideración al momento de fijar su tratamiento.

Junto con la gravedad de la infracción cometida, la legislación española utiliza un criterio biológico para tasar la peligrosidad del menor, atendiendo a la edad que éste tenga al momento de cometer el hecho delictivo. Al respecto, cabe señalar que si bien la edad es un factor importantísimo a tomar en cuenta para fijar la medida y el tratamiento resocializador a seguir con el menor, de ninguna manera puede asumirse como un criterio que define, *per se*, la peligrosidad criminal del menor; es erróneo determinar de manera automática, como lo hace la ley española, que un menor de diecisiete años es mucho más peligroso que uno de catorce, sólo por su edad.

Entre otros rubros que suelen mencionarse como factores que inciden en la peligrosidad del menor, destacan la elevada posibilidad de reincidencia, la falta de apoyo familiar y el ambiente social criminógeno. Estos, como factores externos al menor, tampoco debieran ser concluyentes al momento de determinar su peligrosidad o no, porque, si en el contexto del menor (al encontrarse éste aún en desarrollo), cesan las influencias que le llevan a delinquir y son substituidas por opciones de crecimiento dentro de la ley, se logrará su resocialización; por tanto,

el que viva hasta el momento en una familia o un ambiente que motivan la criminalidad, lejos de ser factores para juzgar su peligrosidad, son circunstancias que deben llevar a otorgarle un tratamiento específico, por ejemplo, en un hogar sustituto, bajo influencias positivas, donde con respeto y comprensión logre corregir su comportamiento desviado.

Por lo que hace a la alta agresividad, ésta suele ser una respuesta natural de cualquier sujeto ante un ambiente hostil; si el menor contempla a los funcionarios públicos que le atienden no como figuras de autoridad, sino como quienes solo buscan ayudarlo, en un ambiente de respeto, el comportamiento agresivo no tendrá que imperar. Si el niño se muestra agresivo, y por tal razón se le juzga altamente peligroso y se le trata como tal, lejos de disminuir su respuesta violenta, la autoridad estará generando su intensificación.

De tal suerte, que es nuestra convicción afirmar que los criterios de alta peligrosidad criminal del menor, lejos de ser benéficos, son figuras retrógradas dentro del derecho de menores infractores, que obedecen a concepciones superadas sobre las causas y la manera más adecuada de combatir el fenómeno delictivo. El que en las legislaciones se sigan manteniendo criterios circunstanciales, o ajenos al menor para definir si éste es peligroso o no, sólo favorecen la criminalización de éste, alejándolo de toda posibilidad de reeducación.

De ninguna manera pretendemos afirmar que todos los menores deban ser tratados de la misma forma; nuestra idea gira en torno a que la medida y el tratamiento en el derecho de menores no deben guiarse solamente por la alarma social que genera el hecho delictivo, la cual, intensificada muchas veces por el amarillismo de los medios y la falta de eficacia de las medidas preventivas, hace que el interés se ponga solamente en el carácter punitivo de la medida, es decir, sólo se busca castigar al menor culpable de hechos protervos, olvidando su interés superior, y el principio de derecho de menores de buscar ante todo su reeducación. La gravedad de su conducta delictiva, de ninguna manera debe justificar la aplicación de políticas de “mano dura”, de “cero tolerancia”.

Siguiendo los criterios sociológicos planteados, más que atenerse exclusivamente a la conducta delictiva, es decir, al síntoma más visible del problema, la autoridad debe evaluar al menor buscando las causas de su comportamiento: su estado marginal, a qué se debe su actuar delictuoso, si hay influencias negativas en su ambiente, etc., para saber cual es el punto en el que la intervención debe darse, buscando obtener los mejores resultados, y no solamente, insistimos, castigar al menor responsable. Es por ello, que la materia de menores infractores no puede concebirse en forma alguna como un campo exclusivamente jurídico, de naturaleza meramente abstracta; sino por lo contrario, como un ámbito multidisciplinario, en el que los especialistas en psicología, pedagogía, y demás ramas del conocimiento actúen para comprender las causas

del comportamiento del menor, siendo el derecho, el marco general que establezca las pautas de su intervención.

Aunado a lo anterior, a nuestro juicio, creemos que los criterios de “alta peligrosidad criminal” de los menores infractores, obedecen a la tendencia de mediatizar el problema delictivo, exagerando sus consecuencias como una manera de obtener beneficios, sea económicos tratándose de los medios, o políticos en el caso de los grupos gubernamentales.

Es decir, debe quedar muy en claro que los menores infractores son de inicio seres humanos, que por una u otra circunstancia han realizado conductas delictivas, y que dado su corto estado de desarrollo intelectual y de integración de su personalidad, tienen la ventaja de que con la intervención respetuosa y adecuada puede corregirse su comportamiento ilícito. A nuestro juicio, las concepciones que criminalizan al menor infractor, o peor aún, incluso lo demonizan, son ajenas totalmente a un criterio científico, según el cual, el menor, como todo ser humano, ha aprendido ciertas conductas, consideradas ilícitas, pero igualmente puede aprender otras nuevas, esta vez lícitas.

Es decir, la ignorancia que suele fomentarse entre la sociedad, no sólo por los medios, sino por las mismas autoridades, se fundamenta en estereotipos delictivos sensacionalistas o alarmistas, que crean un miedo muchas veces irracional en el delito, que genera discriminación, estigmatización, una auténtica “demonización” social de los jóvenes que incurren en conductas antisociales. Y por desgracia, es este inducido estado de “pánico” social, el que crea consenso en la opinión pública sobre la manera en que debiera tratarse el problema de la criminalidad, infantil o no, la cual, tiene una influencia decisiva en las reformas legislativas y en la política criminal del Estado.

Así, los entes gubernamentales prefieren dar “pan y circo al pueblo”, con reformas y acciones espectaculares contra el fenómeno delictivo (que por supuesto, obtienen lugares preponderantes en el espacio mediático), en lugar de atender adecuadamente el problema; empero, no es nuestra intención polemizar al respecto.

Volviendo al criterio científico, concluimos brevemente, retomando la tesis principal de nuestro trabajo en general: siendo el sustento teleológico del derecho de menores infractores la reintegración de éste a la normalidad social, la aplicación de medidas tendientes a calificar o establecer su peligrosidad criminal, responden a un interés completamente opuesto, que fomenta el surgimiento de prejuicios y estereotipos espectaculares que no concuerdan con el estado real del menor infractor, quien es un ser humano que ha errado, pero cuyo comportamiento está aún a tiempo de reencausarse.

Por ende, deben retirarse estos criterios de las legislaciones, de tal suerte que si bien no se brinde un trato igual a los menores, éste se fundamente en las condiciones particulares que le llevaron a delinquir, y no en las características de su conducta. El que se fundamente un trato más severo en virtud de una conducta considerada grave, atendiendo solamente al principio retributivo y de proporcionalidad entre la pena y el delito, característico del derecho penal, deja de lado la posibilidad de resocializar al menor, y lo devuelve, tácitamente, al campo del derecho penal, aunque las palabras digan lo contrario.

CAPÍTULO V

INIMPUTABILIDAD, CULPABILIDAD, ANTIJURIDICIDAD Y ASPECTO PSICOLÓGICO DE LOS MENORES

I.- INIMPUTABILIDAD

Difícil es todavía afirmar lo que debe entenderse por “menor infractor”. Jurídicamente, el menor carece de capacidad de ejercicio; misma que adquirirá, según las legislaciones tanto española como mexicana, a los 18 años, convirtiéndose asimismo en imputable, y por tanto, en agente de la comisión de ilícitos. Es por ello que hasta antes de adquirir la mayoría de edad, la doctrina moderna coincide en señalar que el menor no puede considerarse como sujeto activo de un delito; así, aunque su conducta se adecue a alguno de los tipos señalados en la legislación sustantiva, no está justificada la intervención del aparato punitivo estatal en su contra. Se afirma entonces, que el menor de edad, por su condición, queda fuera del derecho penal. Su conducta (cuyo carácter ilícito no es afectado por su minoría de edad), motiva la movilización de instrumentos jurídicos muy distintos de los aplicados a los delincuentes adultos, los cuales forman parte del llamado *Derecho de menores*.

La diversidad de denominaciones deriva de las diferentes perspectivas existentes respecto del asunto que nos ocupa. “Delincuencia juvenil, por un lado; inconducta, desviación, inadaptación, parasociabilidad, marginación, rebeldía por el otro, constituyen verdaderos agrupamientos de componentes de los sectores que se disputan la primacía en este aspecto de la problemática minoril.”⁴⁸⁴

Junto con ellas, “para el análisis del fenómeno de la infracción de menores se propone también la categoría de *comportamiento desviado* que permite criminológicamente distinguir entre el individuo que comete un acto desviado y el individuo en desviación permanente. La desviación depende tanto de la realización de un cierto comportamiento como de la existencia de una norma y por lo mismo la desviación puede ser creada o anulada por el cambio de normas. El paso de *individuo que realiza una conducta desviada* a *individuo etiquetado como desviado*

⁴⁸⁴ D'ANTONIO, Hugo Daniel. **El menor ante el delito**. Ed. Astrea, Argentina, 1992, p. 17.

o *delincuente*, depende de las características del acto que ha infringido las normas y de las características del individuo que ha realizado el acto. En relación con el acto hay menor reacción social por ausencia de la víctima, acuerdo entre la víctima y el ofensor, desconocimiento público del acto, escasa indignación de la comunidad. En relación con el individuo infractor se sabe que algunas variables como la edad, el sexo, la raza, el estado económico y el estatus social pueden influir sobre la posibilidad de que una persona se convierta en un elemento conocido por la policía y los tribunales.”⁴⁸⁵

Quienes rechazaban la posibilidad de excluir al menor del ámbito positivo penal, manteniendo la idea de la importancia de la sanción (postura hoy en día casi abandonada por los tratadistas serios), sostienen que “quienes pretenden el éxodo del menor del derecho penal, han confundido política con derecho y expresan que la delincuencia de menores es un tipo especial de delincuencia, sólo diferenciada por la calidad de sus autores.”⁴⁸⁶ En consecuencia, amplían el campo de “la imputabilidad infanto-adolescente [dando a] la conducta minoril desviada de naturaleza delictiva una respuesta de índole sancionatoria.”⁴⁸⁷

En contraparte, las tendencias progresistas defienden que “existe un conjunto normativo diverso, diferenciado del derecho penal común, con caracteres de independencia y autonomía, el cual compondría no un ordenamiento exclusivamente jurídico sino comprensivo de aspectos psicológicos, sociológicos y pedagógicos.”⁴⁸⁸

Establece D'ANTONIO que “las peculiaridades del sujeto del derecho de menores -como ser el desarrollo bio-psicosocial y, por consiguiente, necesario de protección- determinan totalmente la inaplicabilidad de los elementos e instituciones jurídicas vigentes en el derecho penal.”⁴⁸⁹ Y agrega que “la condición básica de incapacidad en que se encuentran los menores de edad constituye una manifestación liminar y trascendente de la protección jurídica a la que son acreedores en razón de su insuficiente desarrollo psíquico y físico.”⁴⁹⁰

Se afirma que, “como corolario de lo expuesto, nace una rama específica en el mundo jurídico que, asentada en la especificidad y peculiaridad del sujeto, contiene normas signadas por su finalidad tuitiva. Su origen se encuentra,

⁴⁸⁵ CARRILLO PRIETO, Ignacio y CONSTANTE, Alberto. **El menor infractor. Retrato de un olvido.** Dirección General de Prevención y Tratamiento de Menores de la Secretaría de Gobernación, México, 2000, p. 9.

⁴⁸⁶ D'ANTONIO, Hugo Daniel. op. cit., p. 18.

⁴⁸⁷ IDEM.

⁴⁸⁸ SABATER TOMAS, Antonio. **Los delincuentes jóvenes.** Editorial Hispano Europea, Barcelona, España, 1967, p. 55.

⁴⁸⁹ D'ANTONIO, Hugo Daniel. op. cit., p. 2.

⁴⁹⁰ IBIDEM, p. 8.

precisamente, en la necesidad de distinguir al menor en la esfera de lo delictivo penal.”⁴⁹¹

En este mismo sentido, se ve que “el fenómeno de la criminalidad juvenil, si bien pueda explorarse desde múltiples perspectivas, adquiere su contorno plenario sólo en la medida en que las perspectivas sociológicas y psicológicas se integren con una consideración de los problemas jurídicos insertados en el fenómeno delincuencial, resultando de dicho ensamble que sociología jurídica, criminal y criminología son sinónimos.”⁴⁹²

El menor de edad, por su inmadurez mental, es considerado como *inimputable*. Lo que este término significa es motivo de severas controversias, pero a grandes rasgos puede definirse como *la ausencia de capacidad para querer y entender lo negativo del delito*. “El menor normalmente es incapaz debido a su edad, que implica falta de experiencia, insuficiente desarrollo de su inteligencia, conocimientos elementales y predominio de las emociones en sus actos, además de su desinterés permanente en todo lo relativo a antecedentes y consecuentes de sus propios actos, de personas a quienes trata y de situaciones que atraviesa. A esta incapacidad, que el Derecho reconoce, se agrega la de sus condiciones físicas o psíquicas, lo que implica doble incapacidad. Igualmente, cuando comete algún error de conducta o intervienen las autoridades, la aplicación del internado, que suele ser común, implica doble o triple incapacidad: la de su minoridad, la de su padecimiento, y la limitación de su movimiento en la vida social.”⁴⁹³

La misma incapacidad del menor es señalada en la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. En el artículo 40, inciso 3º, se establece que “los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular: a) el establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales”.

Podemos ver cómo la edad es un factor de gran importancia en el ámbito del Derecho Penal; se dice que el hombre puede ser considerado responsable de sus actos, cuando es capaz de distinguir el bien del mal, y como la edad penal imprime carácter al desenvolvimiento no sólo físico, sino intelectual y moral del individuo, de ahí su significación en el campo del Derecho Penal.

⁴⁹¹ SABATER TOMAS, Antonio. op. cit., p. 3.

⁴⁹² DAVID, Pedro R. **Sociología Criminal Juvenil**. 5ª ed., Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1979, p. 37.

⁴⁹³ SOLÍS QUIROGA, Héctor. **Justicia de menores**. 2a ed., Ed. Porrúa, México, 1986. p.10.

Sobre este punto, el penalista mexicano Eduardo LÓPEZ BETANCOURT con precisión afirma: “Las disposiciones contenidas en los textos legales penales como los Códigos sólo se aplican a los mayores de 18 años. Los menores de edad están sujetos a reglas distintas, por ello cuando un menor de edad comete un ilícito se le somete a un sistema exclusivo para jóvenes infractores.”⁴⁹⁴

La minoría de edad penal, se entiende como “una constante histórica en la legislación penal española del criterio de determinación de un límite de minoría de edad, que se fija en efectos penales con autonomía respecto de otros sectores del ordenamiento jurídico.”⁴⁹⁵

La práctica legislativa española se ha caracterizado por no considerar al menor como *inimputable*, al menos en el sentido que el criterio doctrinal da a éste concepto. Así, “interpretar la inimputabilidad desde la teoría psicológica de la culpabilidad supone, primero, considerar al menor, incapaz para entender y querer, no en su propia condición y circunstancias de persona íntegra, con plenos derechos, sino como ser en formación, sin llegar a ser persona y sujeto de derecho, en un estado de imperfección, como carente de normalidad, lo que (...) establece una situación que permite un tratamiento diferenciado que ha justificado la negación de las garantías constitucionales que amparan a *todos*, en contra de la dignidad de la persona y del principio de igualdad, consagrados hoy en la Constitución de 1978. En segundo lugar interpretar la inimputabilidad desde la teoría psicológica de la culpabilidad supondría que cuando un menor de edad cometa un hecho tipificado por la Ley penal y se le llama *inimputable*, le ampara la *irresponsabilidad total*, y el estado no está legitimado para realizar ningún tipo de intervención coactiva sobre dicho menor. Pero el mandato legislativo ha sido otro (...) de ahí que sea más acorde con nuestro derecho positivo vigente la interpretación que hace la doctrina desde la *Teoría normativa de la culpabilidad*, es decir, basando ésta en la reprochabilidad, en la posibilidad de actuar de manera distinta y, consecuentemente, en la imposición por el Estado de una sanción o una responsabilidad distinta, la establecida en la legislación tutelar.”⁴⁹⁶

En este sentido, refiriéndose a la imputabilidad de los menores en el régimen de la legislación española, se ha hablado inclusive de *semi-imputabilidad* de los mismos. Así, se señala que: “en nuestra opinión, puede afirmarse que la

⁴⁹⁴ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. **Manual de Derecho Positivo Mexicano**. 4ª edición, Ed. Trillas, México, 1998, p. 160.

⁴⁹⁵ **Enciclopedia Jurídica básica**, Editorial Civitas, Madrid, España, 1995, vol. III, p. 4270.

⁴⁹⁶ **Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores**. 2ª ed., COLEX, Madrid, España, 2007, p. 38.

LORPM va dirigida a personas con capacidad de culpabilidad, si bien con una capacidad de culpabilidad disminuida, configurándolos como semiimputables.”⁴⁹⁷

Hablar de la edad penal, es remitirse antes que nada a dar dos conceptos de orden genérico, que ayudarán a explicar este tema y su importancia dentro del ámbito de aplicación de sanciones, ya sean administrativas, pecunarias, de prisión, etc.

Hemos de aludir a la delimitación de los básicos conceptos de *imputabilidad* e *inimputabilidad*. Para que pueda ser culpable un sujeto, se exige con prioridad que sea imputable, es decir, que en la realización de su conducta típica intervienen el conocimiento y la voluntad de cometer un acto ilícito descrito por la ley penal. Para que el individuo conozca la ilicitud de su acto y quiera realizarlo, debe tener capacidad de entender y de querer. La imputabilidad es la capacidad de obrar, de realizar actos referidos al Derecho punitivo, que traigan consigo las consecuencias penales de la infracción. En pocas palabras, podemos definir la imputabilidad como la capacidad de entender y de querer, en el campo del Derecho Penal.

La inimputabilidad es la incapacidad de querer y de entender, constituye el aspecto negativo de la imputabilidad. Las causas de la inimputabilidad son todas aquellas capaces de anular o neutralizar, ya sea el desarrollo o la salud de la mente, en cuyo caso el sujeto carece de aptitud psicológica para la defectuosidad.

Imputable es “quien reúne aquellas características biológicas y psíquicas que, según el Derecho vigente, le hacen capaz de ser responsable de sus actos. Por el contrario, inimputable es aquella persona que carece de las facultades biológicas y psíquicas necesarias para ser motivado racionalmente por las normas penales y, en consecuencia, no es culpable, en sentido jurídico-penal, de sus actos delictivos.”⁴⁹⁸

El Diccionario Jurídico Mexicano define a la imputabilidad como: “La capacidad, condicionada por la madurez y salud mentales, de comprender el carácter antijurídico de la propia acción u omisión y de determinarse de acuerdo a esa comprensión.”⁴⁹⁹

Asimismo, Luis JIMÉNEZ DE ASÚA expone que: “La imputabilidad criminal no es cosa distinta de la imputabilidad moral, sino esta misma aplicada en concreto al autor de un delito y puede definirse, con el padre Jerónimo MONTES, como el

⁴⁹⁷ DE URBANO CASTRILLO, Eduardo y DE LA ROSA CORTINA, José Miguel. **Comentarios a la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor**, Aranzadi Editorial, Navarra, España, 2001, p. 56.

⁴⁹⁸ **Enciclopedia Jurídica básica**. op. cit., vol. II, p. 1871.

⁴⁹⁹ **Diccionario Jurídico Mexicano**. Ed. Porrúa, México, 1985, Tomo V, p. 51.

*conjunto de condiciones necesarias para que el hecho punible pueda y deba ser atribuido a quien voluntariamente lo ejecutó, como a su causa eficiente y libre.*⁵⁰⁰

Llamaremos “edad penal” a la edad en que un sujeto se encuentra en condiciones absolutas de imputabilidad (biológicamente), lo cual lo hace responsable de enfrentar un proceso guiado por los diferentes Códigos Penales. Así, un menor infractor, es “todo menor o joven al que se le ha impugnado la comisión de un delito o se le ha considerado culpable de la comisión de un delito.”⁵⁰¹

El término de *delincuencia juvenil*, surgió en Inglaterra en el año de 1815, por el caso de cinco niños condenados a muerte. Para explicar lo que significa este término, cabe mencionar lo que escribe RODRÍGUEZ MANZANERA:

“a) La delincuencia juvenil debe definirse de acuerdo con lo que se considera como delito por el derecho penal vigente del país en cuestión. Es decir, delincuente juvenil sería aquel que cometiera las conductas tipificadas en las leyes penales.

“b) El término “delincuencia juvenil” debe abarcar tanto las infracciones a la ley penal, como cierto tipo de conductas parasociales que, aunque no constituyen una conducta tipificada por la ley penal, son consideradas como antisociales y, por lo tanto, indeseables. El término “delincuencia juvenil” escapa, por lo tanto, a los límites estrictamente jurídicos.

“c) La interpretación que debe darse al término “delincuencia juvenil” debe ser lo más extensa posible y abarcar no solamente a los menores que hayan violado la ley penal, sino también a aquellos que cometan otro tipo de conductas antisociales y, además, a todos aquellos menores que necesiten cuidado y protección, como podría ser el caso de abandonados, huérfanos, menores en extrema miseria, etc. Es decir, que el término “delincuencia juvenil”, debe aplicarse a todo menor desviado, en vías de desviación, o en peligro de desviarse.”⁵⁰²

Nos dice BERISTÁIN que “la noción de delito juvenil adquiere nuevas facetas. Aparece como resultado de una relación dialéctica entre la acción del joven influido por la estructura por una parte, y la etiquetación de los controles sociales por otra. Lógicamente, cuanto menor sea la edad del individuo, menor será su actividad delictiva; en cambio mayor su pasividad de etiquetación.”⁵⁰³

⁵⁰⁰ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito.** 3ª edición, Ed. Sudamericana, Buenos Aires, Argentina, 1990, p. 326.

⁵⁰¹ TAMÉS PEÑA, Beatriz. **Los Derechos del niño, Un Compendio de Instrumentos Internacionales.** Editado por la Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 1995, p. 135.

⁵⁰² RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. **Criminalidad de Menores.** Ed. Porrúa, México, 1987, p. 343.

⁵⁰³ BERISTÁIN, Antonio. “La delincuencia e inadaptación juvenil ante algunos criminólogos críticos y algunos moralistas postconciliares”. **Revista Interamericana de Sociología**, México, año VI, vol. V, no. 18., 1976, p. 79.

Insistiendo en esta tesitura, la condición del menor como inimputable impide la existencia del delito, siendo que según las tendencias en la teoría del delito, la imputabilidad opera como elemento del delito, y al no presentarse ésta no se integra el ilícito; o bien, para CASTELLANOS TENA, como presupuesto de la culpabilidad, y nadie puede ser culpable, si carece de la capacidad necesaria para determinar la negatividad de sus actos, no importando la gravedad de éstos. En este sentido, afirma SOLÍS QUIROGA que “los elementos de la definición más aceptada en la actualidad respecto del delito, no se reúnen en relación con el hecho cometido por un menor de edad y que, ciertamente, es un acto humano, típico y antijurídico, pero que *no es culpable*, ya que sólo si es *capaz en derecho* puede serlo, y todas las ramas del derecho reconocen la incapacidad jurídica de los menores.”⁵⁰⁴

Así, para NÚÑEZ, la condición de imputable resulta de la capacidad de actuar culpablemente; para JIMÉNEZ DE ASÚA, la imputabilidad no es un elemento o característica de la culpabilidad, sino que asume el papel de presupuesto de ella, y lo es precisamente por tratarse de un problema de capacidad. Afirma VON HIPPEL, que si falta la imputabilidad, falta la culpabilidad, y aquélla exige la conciencia, la salud intelectual y la madurez de juicio, aspectos todos que atañen a la capacidad. Para ZAFFARONI, la imputabilidad consiste en la capacidad psíquica de la culpabilidad, delimitada como una de las cuatro capacidades constitutivas de lo que se denomina “capacidad psíquica del delito.”⁵⁰⁵

Según señala JIMÉNEZ DE ASÚA, “imputar un hecho a un individuo es atribuírselo para hacerle sufrir las consecuencias; es decir, para hacerle responsable de él, puesto que tal hecho es culpable.”⁵⁰⁶

Agrega ZAFFARONI que “la capacidad psíquica que se requiere para poder imputarle a un sujeto un reproche de injusto es la necesaria para que le haya sido posible comprender la naturaleza de injusto de lo que hacía y le haya podido permitir adecuar su conducta conforme a esa comprensión de la antijuridicidad. Quien tiene muy limitada o anulada la posibilidad de comprender la antijuridicidad de su conducta no puede ser reprochado por la misma.”⁵⁰⁷

Dado que “la pena se muestra a modo de individualización gravosa irremediable para quien afronte las consecuencias legalmente previstas, vulnerando la prevención y que tales elementos esenciales de la sanción penal sirven, precisamente, para destacar la ineficacia o improcedencia de su vigencia en el ámbito de la minoridad.”⁵⁰⁸

⁵⁰⁴ SOLÍS QUIROGA, Héctor. op. cit., p.10.

⁵⁰⁵ IDEM.

⁵⁰⁶ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. op. cit., p. 325.

⁵⁰⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de derecho penal. Parte general.** Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1994, p. 565.

⁵⁰⁸ D'ANTONIO, Hugo Daniel. op. cit., p. 1.

No siendo aplicable al caso del menor, la noción de la “pena”, como consecuencia del acto ilícito, por no poderse acreditar su conducta antijurídica como delito, surge la necesidad de someterles a un régimen especial de atención, el cual debe buscar protegerlos, tutelarlos, ya sea hayan cometido hechos tipificados en la ley como delitos, o meras infracciones a los reglamentos, e inclusive, si su conducta se restringe a su ámbito personal, con acciones como huir de su casa, consumir alcohol o sustancias ilegales, desertar de la escuela, etc. Surge aquí una severa controversia, sobre los límites de la acción tutelar del Estado para con los menores, habiendo quienes, a semejanza de lo establecido en el derecho penal, la limitan para aquellos menores que cometen conductas asociadas con figuras del código penal; o bien, quienes la extienden para todos los ámbitos de riesgo, o de peligro en que pueda encontrarse el menor, en condición de asocial.

De lo anterior emerge un nuevo concepto, “menor de conducta irregular”, siendo aquel cuyo comportamiento no se adecua a las normas de convivencia del entorno en que se desarrolla. Esta actitud, ha sido calificada también por los estudiosos como desadaptación social, aunque este término resulta un tanto ambiguo, por incluir toda situación en que un menor mantiene un conflicto permanente con su entorno, o consigo mismo. Según la opinión de algunos psiquiatras, una persona normal “puede adaptarse espontáneamente a su medio social”, entendiendo adaptación como “no nocividad y la posibilidad de subvenir a sus necesidades”; por ende, el menor inadaptado es aquel que “está en permanente dificultad con respecto a las exigencias propias de su edad y de su medio.”⁵⁰⁹

De tal suerte que, mientras algunos tratadistas limitan el campo de aplicación de este ‘derecho de menores’, como CAVALLIERI, que lo circunscribe al ámbito de los menores en situación irregular, BLUSKE DE AYALA, quien abarca sólo a los menores en estado de abandono o peligro, o CÓRDOBA, que sostiene la “tesis intermedia de la situación irregular”; otros como SAJÓN, ZANNONI, BAVIERA, D’ANTONIO, opinan la necesidad de extender el horizonte del derecho de menores respecto de toda relación jurídica que lo tenga como sujeto, definiéndolo como “la rama del derecho que, tomando en consideración la calidad del sujeto en razón de su especificidad, regula las relaciones jurídicas e instituciones referidas al menor de edad.”⁵¹⁰

Específicamente, D’ANTONIO establece que en este “derecho de menores, las posibilidades de aplicación de medidas tutelares y reeducativas, incluidas las que muestran aspectos de reproche, responderán al régimen establecido como

⁵⁰⁹ HEUYER, Georges. **Introducción a la psiquiatría infantil**. Ed. Planeta, Barcelona, España, 1976, p. 10.

⁵¹⁰ D’ANTONIO, Hugo Daniel. op. cit., p. 3.

excepción a la natural incapacidad del menor y a lo que mejor resulte para su protección integral”.⁵¹¹

Agrega que “en el ámbito de la conducta desviada minoril [corresponde] referirse a la incapacidad genérica del menor como elemento protectorio que produce sus efectos en tales situaciones para oportunamente, y en su caso, aplicar el tratamiento adecuado en función de la problemática que presente el supuesto, insistiendo en que la incapacidad trasciende la órbita de las relaciones civiles, y que siendo una institución del derecho de menores, se dirige al sujeto de él y lo comprende en sus distintas vinculaciones jurídicas.”⁵¹²

Hoy en día, al haberse retomado el objeto de estudio (los menores infractores) desde otras disciplinas, se tienen múltiples opiniones respecto a su conducta infractora; principalmente, respecto los factores que en ella influyen. Los estudiosos suelen identificar numerosas causas de la precocidad de los menores y sus incursiones en la criminalidad.

Autores como “ENGLISH y PEARSON han señalado ya las principales motivaciones encontradas en los menores infractores, entre las que señalan que la más frecuente es la falta de amor, producto de formas desviadas de agresión, sin importar el castigo posible, frente a la compensación afectiva lograda. Señalan además, las carencias profundamente sentidas, que dan lugar a mala conducta ocasional; la deficiencia mental, que nosotros ampliamos con otros aspectos de hipoevolución física, emocional y social; el sentimiento de culpa, en búsqueda inconsciente de castigo; el padecer neurosis; el padecer psicosis y la formación antisocial por influencia normal de la familia patológica.”⁵¹³

Al respecto, se agrega que CENICEROS y GARRIDO “las agrupan del siguiente modo: factor familiar (medio social, hogares regulares e irregulares, divorcio, concubinato, origen ilegal, hijos numerosos, condiciones de habitación, factor económico, profesión de los padres, alcoholismo y medio familiar, estado físico y mental de la familia); factor extrafamiliar (urbanismo, malas compañías, literatura malsana, lujo y juego); factor económico (pobreza e ignorancia, aptitud social, trabajo prematuro) y factor personal (herencia morbosa, ascendencia neuropática y toxicoinfecciosa, alcoholismo, sífilis, transmisión de tendencias criminales, anormalidades de carácter, etc.).”⁵¹⁴

Así las cosas, “en vista de tan complejas causas, que es preciso atacar juntas en las personas de los infractores menores, modernamente ya no se discute la

⁵¹¹ IBIDEM, p. 14.

⁵¹² IBIDEM, p. 10.

⁵¹³ SOLÍS QUIROGA, Héctor. op. cit., p. 61.

⁵¹⁴ Citado en CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl y CARRANCÁ Y RIVAS, Raúl. **Derecho penal mexicano, parte general**. Ed. Porrúa, México, 1995, p. 870.

completa eliminación de éstos de la ley penal, dedicándoseles tan sólo medidas correctivas y educadoras, en una palabra, medidas tutelares. El derecho penal ha desaparecido con respecto a los niños y a los jóvenes delincuentes, y ha pasado a convertirse en obra benéfica y humanitaria, en un capítulo, si se quiere, de la Pedagogía, de la Psiquiatría y del arte de buen gobierno, juntamente (DORADO MONTERO). Pedagogía correctiva es lo que se emplea con los menores infractores, no penas.” De esta forma, es “unánimemente sostenido que el menor no debe sufrir prisión preventiva ni hallarse recluido en los mismos establecimientos que los adultos, ni ser sometido a los procedimientos usuales para éstos, ni ser juzgado por jueces comunes (...) la coincidencia es total tratándose de las medidas que deben imponer: medidas meramente correctivas y educadoras.”⁵¹⁵

Hay quienes aceptan estas tendencias, pero cuestionando ciertos puntos de orden principalmente jurídico. Luis RODRÍGUEZ MANZANERA, apoyándose en los comentarios del español RODRÍGUEZ DEVESA, expresa que la constante afirmación de que los menores han quedado fuera del derecho penal, sin ahondar en los problemas dogmáticos de la Legislación de menores, ha acarreado no sólo múltiples contradicciones, sino inclusive una “desprotección del menor, al no brindarle las garantías y la seguridad jurídica que se reservan para los adultos.”⁵¹⁶

El mismo postulado de considerar al menor como inimputable, por su mera minoría de edad, es cuestionado por él; RODRÍGUEZ MANZANERA hace referencia en este sentido a la opinión de LÓPEZ REY, quien señala que “la tesis de un menor penalmente irresponsable por el hecho de serlo es tan ilógica, asocial y anticientífica, como la de estimar que todo adulto es responsable por serlo. Una y otra niegan el principio de individualización.” Asimismo, cita a ZAFFARONI, quien estipula que “la exclusión de pena [en el caso del menor] obedece a inimputabilidad, la que se presumiría *juris et de jure*. No obstante, creemos que esto no es correcto.”⁵¹⁷

Concluye diciendo “que los menores pueden ser imputables o inimputables, según reúnan o no los requisitos de capacidad de comprensión del ilícito, y la facultad de adecuar su conducta a dicha comprensión.”⁵¹⁸

Así, no puede negarse que, como ha señalado la Organización de las Naciones Unidas, “la determinación de una edad cronológica fija como punto a partir del cual se espera de todos los niños un sentido de responsabilidad adulta, incluso dentro de un marco cultural específico, es necesariamente una medida arbitraria, aunque quizá necesaria para que la estructura legal proteja a los niños

⁵¹⁵ IBIDEM, p. 871.

⁵¹⁶ RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. op. cit., p. 318.

⁵¹⁷ IBIDEM, p. 327.

⁵¹⁸ IBIDEM, p. 328.

de menor edad de la plena aplicación de la ley penal y de las sanciones que conlleva.”⁵¹⁹

Cabe agregar que no debe olvidarse que, ante todo, “el joven en todo caso es merecedor de un trato basado en los postulados de la tolerancia; tiene derecho a no ser maltratado ni humillado y de ser exaltado como sujeto digno de respeto en su *expresión* y en sus *convicciones*, de tal manera que tratándose de un menor se reconozca que los funcionarios encargados del sistema de justicia de niños son garantes en el ejercicio de las responsabilidades que les corresponden de los derechos que asisten al niño en tanto persona humana vulnerable”. Así, “es un trato inhumano y contrario a la dignidad de los niños y adolescentes hacerlos caer en equívocos o en falsas apreciaciones de su situación, con la intención de obtener ventajas procesales, desconocer sus capacidades de voluntad, discernimiento e intelección de la realidad y de su sentido moral o cualquier otra intervención coactiva o impositiva que bajo razones de autoridad moral o científica desconozca alguna de las manifestaciones de la condición humana de niños y adolescentes.”⁵²⁰

Consideramos sumamente representativo, previo al análisis de la actual situación de los menores y del sistema jurídico que les es aplicable, citar algunos principios orientadores, que pueden servir de base para el estudio y la comprensión de la amplia problemática que abordamos; publicados, a manera de conclusiones del *Coloquio multidisciplinario sobre menores, diagnóstico y propuestas*, en la memoria del mismo difundida por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.⁵²¹

⁵¹⁹ ONU, VI Congreso. A/Cons. 87/5. 1980, p. 24.

⁵²⁰ **El sistema mexicano de justicia penal para los menores y la doctrina de las Naciones Unidas para la protección integral del niño y la niña.** Publicaciones de la CNDH, México, 1996, p. 25.

⁵²¹ 1. Los problemas de conducta de menores tienen origen diverso. Destaca la influencia del medio ambiente y de los problemas sociales, frecuentemente agravados por desórdenes económicos que alteran bruscamente los niveles de armonía familiar.

2. Es aconsejable poner énfasis en un concepto amplio de seguridad que atienda a los principios éticos, sociales, económicos y culturales.

3. El Estado debe implementar acciones para mejorar la salud y la educación de los menores de 18 años. La solución preventiva y correctiva a conductas antisociales no radica, ni debe intentarse, en la aplicación de sistemas represivos o punitivos.

4. Las consecuencias de las conductas antisociales de los menores pueden ser tan graves como las de los adultos. Esto no justifica su marginalidad del orden que impone un estado de derecho y que necesariamente ha de considerar los procesos conductuales de los menores y su eventual posibilidad de realizar juicios erróneos por su propio estado de inmadurez.

5. El menor detenido no debe ser un preso; debe considerarse un educando. El sistema constitucional tutelar de los derechos de los menores debe atender su condición de persona en proceso de formación de su personalidad.

6. Es necesario replantear otros conceptos de justicia adecuados a los menores, en los que éstos sean considerados el objetivo mismo.

II.- CULPABILIDAD.

Según comentamos en el apartado anterior, la imputabilidad se entiende en términos tradicionales como la capacidad de entender y actuar en el campo del Derecho penal⁵²² Esa noción, acorde a la teoría del delito predominante, concibe a la imputabilidad como un presupuesto o un primer elemento de la culpabilidad; una vez determinado si el sujeto es *capaz*, procedería valorar si puede afirmársele como *culpable* de su acto.

En materia de menores infractores, al considerarse, de inicio, que éstos son inimputables, el estudio de su culpabilidad o de los restantes elementos que la integran, según ese modelo tradicional de corte causalista, resultaría improcedente; no puede ser culpable, quien no se reputa con capacidad suficiente para actuar en el ámbito del derecho penal. No obstante, este planteamiento es algo diverso en las teorías contemporáneas del delito, dentro de las cuales, la imputabilidad y la culpabilidad reciben nuevos matices.

En el esquema finalista del delito, la imputabilidad se asume ya no como presupuesto, sino como elemento de la culpabilidad, que viene integrada por elementos distintos a los que consideraban las tesis clásica o neoclásica. Así, la

7. Resulta urgente ampliar y enriquecer la noción que hoy en día se encuentra en vigor sobre la llamada justicia de menores y colmar las vergonzosas lagunas que la ley presenta en este renglón, como el de determinar la condición de los menores “en estado de riesgo”.

8. Se requiere una profunda humanización y dignificación del actual sistema para la retención de menores.

9. Es importante buscar alternativas sobre la edad para ser sujeto de la ley penal más allá de una reducción formalista de 18 a 16 años.

10. Conviene reflexionar sobre la federalización de la legislación en materia de menores infractores. La unificación de criterios permitirá un avance más en la impartición de justicia.

11. El régimen para menores infractores debe ser un régimen especial fundado en sanas y avanzadas acciones de política criminal general con un amplio sistema de garantías y derechos.

12. En todo caso, es deber social ofrecer soluciones maduras. Esta afirmación fundamenta la necesidad de abandonar el falso dilema entre una orientación tutelar y garantista (garantizadora) en materia de menores infractores, evitando la antinomia de ambas tendencias.

13. Debe advertirse que el verdadero dilema se localiza entre la orientación tutelar y la orientación penal en los quehaceres del Estado dirigidos a los menores infractores. La exclusión de los menores del sistema penal no significa desdeñar los intereses y la seguridad de la sociedad.

Memoria del coloquio multidisciplinario sobre menores, diagnóstico y propuestas. UNAM-IIJ. México, 1996, pp. 280-283.

⁵²² MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal. Parte General.** 8a ed., Ed. Reppertor, Barcelona, España, 2006, p. 563, a pesar de sostener otra concepción de la imputabilidad, está de acuerdo en considerar que “según la doctrina dominante en la actualidad, la imputabilidad requiere dos elementos: a) la capacidad de *comprender* lo injusto del hecho, y b) la capacidad de *dirigir* la actuación conforme a dicho entendimiento.”

culpabilidad se integra por la referida imputabilidad, junto con la conciencia de la antijuridicidad y la no exigibilidad de otra conducta, dejando fuera el dolo y la culpa como especies o formas de culpabilidad. Revisando esa línea de contenido de la culpabilidad, pero sin adscribirse al concepto finalista de acción, en la Teoría del delito que postulan OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO y HUERTA TOCILDO, la culpabilidad —a la que llaman *atribuibilidad*—; se integra por tres elementos: la cognoscibilidad de la antijuridicidad, la imputabilidad, y la no exigibilidad de un comportamiento distinto.⁵²³ Ello, acorde con su noción de culpabilidad (o *atribuibilidad*), definida como el elemento en la explicación jurídica del delito, “en el que se estudia si es factible atribuir el hecho típico y antijurídico a quien lo ha realizado en función de la posibilidad de conocimiento de la antijuridicidad que tenga, de la motivabilidad respecto a la conminación legal que posea y de la exigibilidad de un comportamiento conforme a Derecho que, a la vista de los factores concurrentes, pueda establecerse en relación con él.”⁵²⁴ Concepción que disiente de los planteamientos de las teorías del delito precedentes, en los aspectos que analizaremos a continuación.

Como es sabido, la noción de culpabilidad formulada por la primera dogmática penal durante el siglo XIX, tiene un fundamento de orden psicológico; la culpabilidad, se entiende como una relación sujeto-acto, un nexo psíquico-volitivo que une al autor con su conducta. De este criterio, deriva la distinción tradicional entre culpabilidad dolosa y culposa, según la plenitud de dicho vínculo volitivo; hay dolo cuando se ha querido plenamente efectuar el acto típico, existe culpa cuando se realiza involuntariamente.

Las deficiencias explicativas del modelo, relacionadas principalmente con los supuestos de culpabilidad culposa y la incapacidad para explicar el estado de necesidad exculpante, llevaron a su sustitución por la teoría normativa. De acuerdo con los planteamientos de ésta, el fundamento de la culpabilidad se traslada del fuero interno del sujeto (nexo psicológico con su conducta) al externo: se trata ahora esencialmente de la reacción social ante la comisión de un hecho delictivo, bajo la forma de un *juicio de reproche* hacia su autor. Al afirmar su culpabilidad, la sociedad recrimina al sujeto el haber cometido consciente y voluntariamente un hecho típico (dolo); o haberlo cometido a consecuencia de infringir normas de cuidado que debió observar (culpa). En la base de esta concepción normativa de la culpabilidad se encuentra la reafirmación del libre albedrío: la sociedad reprocha al sujeto que haya actuado contra el Derecho, cuando con libertad, pudo haber decidido no hacerlo.

⁵²³ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio y HUERTA TOCILDO, Susana. **Derecho Penal Parte General. Teoría Jurídica del Delito**. 2ª ed. corr. y aum., Rafael Castellanos Editor, Madrid, España, 1986, p. 304.

⁵²⁴ IBIDEM, p. 281.

En la teoría normativa subsiste dentro de la culpabilidad, además de dicho juicio de reproche, el elemento psicológico, aunque éste se ubica ya en un segundo plano. Corresponde al pensamiento finalista suprimirlo por completo, de forma tal que el dolo y la culpa dejan de ser elementos de la culpabilidad, para pasar a ser elementos subjetivos del injusto típico, ya sea del delito doloso o del delito culposo, según el caso.

Según apunta MIR PUIG, “Como consecuencia de trasladar la finalidad al centro del injusto, el finalismo (...) sustrajo el dolo, así como la infracción del deber objetivo del cuidado base de la imprudencia, de su tradicional sede de la culpabilidad. Todo el hecho, concebido como unidad definida por lo subjetivo, y no sólo su parte objetiva, se constituye en contenido del injusto. La culpabilidad deja de continuar cobijando la parte subjetiva del hecho. De este modo se consigue abandonar por completo el contenido psicológico de la culpabilidad y convertir la concepción normativa del causalismo en una concepción <<puramente normativa>>.”⁵²⁵

De esta forma, la culpabilidad se concibe, ya sin el dolo y la culpa, como un conjunto de tres elementos. Según reseñan OCTAVIO DE TOLEDO y HUERTA, éstos son: “La imputabilidad o capacidad del sujeto para haberse comportado de otro modo (afirmación de la libertad de su voluntad) (...) El conocimiento de la antijuridicidad o posibilidad de conocer y comprender lo injusto del hecho (...) Inexigibilidad de conducta conforme a Derecho o ausencia de causas de exculpación”.⁵²⁶

Así, según el esquema finalista, la valoración de la culpabilidad requiere: a) determinar que el sujeto puede decidir libremente si se comporta conforme o no con el Derecho (imputabilidad o inimputabilidad); b) determinar la posibilidad del sujeto de saber el carácter antijurídico de su acto; y c) que la ley no contemple alguna causa de exculpación aplicable al caso concreto. Así, si el sujeto es imputable, tuvo posibilidad de conocer la ilicitud de su conducta y la ley no lo exime de la pena; la culpabilidad queda establecida, y es procedente la punición. En contraparte, hay inculpabilidad si el sujeto es incapaz o inimputable; si el sujeto no conoce la naturaleza ilícita de su acto, y por ende, actúa por error; o si es aplicable al caso, alguna de las causas de exculpación contempladas en la ley.

El punto medular de estas teorías es, como apuntamos anteriormente, la afirmación del libre albedrío. Claramente en el esquema causalista, y también en el finalista, a pesar de la ausencia de los elementos psicológicos que constituían el dolo y la culpa, puede verse que la afirmación de la culpabilidad, se basa, en esencia, en considerar la posibilidad de que el autor del hecho típico pudo haber decidido actuar conforme a Derecho, y no lo hizo. Afirmar o no la culpabilidad del

⁵²⁵ MIR PUIG, Santiago. op. cit., p. 532.

⁵²⁶ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio y HUERTA TOCILDO, Susana. op. cit., pp. 284-285.

sujeto, deriva de un juicio valorativo sobre su actuar: es culpable, por haber decidido voluntariamente infringir la norma, cuando pudo haber optado por respetarla.

En términos de OCTAVIO DE TOLEDO y HUERTA, críticos con tal entendimiento, al hombre “se le supone ostentador de libertad para elegir entre lo jurídicamente bueno y lo jurídicamente malo, entre lo justo y lo injusto legales, lo permitido (conforme a la norma) y lo prohibido (contrario a la norma). Dicho de otra manera, capaz de formar libremente su voluntad y de ponerla en práctica. Y así, cuando, en uso de esa facultad de opción, se decide <<libremente>> por realizar la conducta típica y antijurídica, puede reprochársele este mal uso de su libertad.”⁵²⁷

Estos autores estiman que tal presupuesto es cuestionable. Los autores se basan en que la afirmación de dicho “libre albedrío”, como punto de partida de la culpabilidad, es improcedente; porque dicho ‘libre albedrío’, sencillamente o no existe, o cuando menos, no puede comprobarse que exista. Así, apuntan que “el psicoanálisis, los modernos estudios de psicología profunda y de sociología de la conducta desviada han llevado a poner más que razonablemente en duda la existencia de esa libertad de la voluntad. Tal existencia –se concluye- es, al menos, indemostrable en el nivel actual de los estudios científicos y, en consecuencia, no puede pretenderse justificar en la afirmación de la misma la imposición de una pena al autor de un hecho típico y antijurídico.”⁵²⁸

A nuestro juicio, sin embargo, hasta donde sabemos, es un pilar de las instituciones jurídicas el considerar, precisamente, que el hombre goza de raciocinio, con base en el cual puede actuar voluntariamente; más aún, el ejercicio de esa facultad, como capacidad de autodeterminación, es lo que de manera general se denomina *libertad*, la cual es un valor fundamental a defender por el Derecho; cuando menos, desde una perspectiva humanista. Si la sociedad ha construido un orden jurídico específico, dentro del cual se incluye el ámbito penal, es precisamente para velar porque se respete dicha libertad del individuo; en consecuencia, es lógico y se justifica que a quien voluntariamente decide quebrantar la norma jurídica, se le reproche por comprometer con su conducta la libertad de sus congéneres, y de ser el caso, se le someta a un procedimiento de tipo punitivo.

El planteamiento de los profesores OCTAVIO DE TOLEDO y HUERTA no es novedoso, y creemos que como ellos mismos lo señalan, discutir en torno al determinismo y el indeterminismo resulta estéril. Nuestro criterio al respecto, es que la negación del libre albedrío en materia penal (como *capacidad de*, fundamento de la noción de imputabilidad; y *ejercicio de*, base de la culpabilidad) permite varios caminos: negarlo completamente, objetarlo de forma parcial, o

⁵²⁷ IBIDEM, p. 287.

⁵²⁸ IBIDEM, pp. 287-288.

afirmar solamente su 'indemostrabilidad' sin aventurarse a emitir un juicio concluyente al respecto.

El primer supuesto, se descalifica por sí sólo. Si derivado quizá de un cientificismo extremo, se expusiera una negación absoluta de la voluntad humana, ello dejaría sin razón de existir no sólo al Derecho penal, sino al Derecho en general, porque, ¿qué sentido tendría establecer reglas que señalaran cómo han de comportarse los hombres, si éstos no podrían seguirlas, por carecer por completo de la capacidad de decidir sobre sus actos? Negar a tal extremo el albedrío es pretender negar la propia condición humana.

En un segundo momento, admitir la posibilidad de que el libre albedrío pueda no presentarse, o verse disminuido en ciertas circunstancias, resulta más coherente; no obstante, no creemos que sea una razón teórica suficiente que exija una reelaboración completa de la noción de culpabilidad, pues de hecho, tanto la ley como la teoría reconocen ampliamente la posibilidad de que bajo ciertas circunstancias, el individuo puede actuar de forma involuntaria, en cuyo caso, su conducta, o bien queda impune, o su responsabilidad es atenuada. Se trata, precisamente, de las causas eximentes y atenuantes de responsabilidad, en las que se excluye o atenúa la intervención punitiva, reconociendo que el autor del delito actuó obligado por circunstancias ajenas a su voluntad.

Un tercer planteamiento, puede sustentarse de la siguiente inquietud: el problema teórico se encuentra en que la base de la culpabilidad, el libre albedrío, es una construcción ideal, metafísica, sin posibilidad científica de ser comprobada; no puede saberse con certeza y objetividad cuándo un hombre se maneja con libre albedrío y cuándo no. De ahí, que la intención no debiera ser negar directamente esa posibilidad de actuar libre y voluntariamente, sino cuestionar el que con base en la realización de una supuesta tasación de su ejercicio (siendo que ello es imposible, por ser la libertad algo indemostrable *materialmente*), puede decidirse si se aplica o no una pena a un individuo. Como no puede 'medirse' objetivamente qué tanta de su voluntad utilizó una persona al actuar de cierta manera, es injustificado encargar a un juez la imposición de una pena según ese criterio; de ahí que pueda hacerse necesario una reevaluación teórica de los postulados de la culpabilidad.

En palabras de OCTAVIO DE TOLEDO y HUERTA TOCILDO, "las ideas de <<poder actuar de otro modo>> y su contraria, la de <<no haber podido actuar de otro modo>>, en cuanto básicas para, respectivamente, la afirmación o la exclusión de la culpabilidad, corren parejas a la aceptación de que el hombre es libre, y ello puede concretamente comprobarse, para elegir entre las diversas posibilidades de actuación que se le ofrecen (...) Pero si, como a nuestro juicio resulta ineludible, se concluye que dicha libertad de la voluntad es indemostrable (o, aunque se acepte que los hombres pueden elegir libremente su conducta, se piensa que no es

posible afirmar que son libres a la hora de poner en práctica la opción escogida), dicha fundamentación de la culpabilidad debe rechazarse.”⁵²⁹

Así las cosas, el conflicto teórico se hace evidente: al estudiar la culpabilidad, se pretende establecer el ‘grado de voluntad’ con que el sujeto actuó, pero esto es inasequible, porque el libre albedrío, base de la autonomía de la voluntad, no puede tasarse materialmente. De ahí que OCTAVIO DE TOLEDO y HUERTA TOCILDO pugnen por abandonar la noción de culpabilidad, y sustituirla en la teoría del delito por la de atribuibilidad, como el establecimiento de una ‘atribución jurídica’ del hecho típico y antijurídico a su autor; cuyos fundamentos, pueden encontrarse, de inicio, en la función motivadora de la norma y el sentido de la imposición de la pena.

Efectivamente, el que se afirme o no la culpabilidad, conduce a que se aplique o no la pena; de ahí que esta nueva concepción de la culpabilidad que se aleja cada vez más del autor del hecho típico, pueda encontrar su sustento en aspectos relacionados con la pena misma. Ejemplo de ello, es la doctrina del principio de necesidad de la pena, de acuerdo con la cual, resulta irrelevante dilucidar si el sujeto actuó o no con voluntad al momento de realizar la conducta; lo que importa es determinar si es necesario –por útil- o no aplicarle una pena. Marginada de toda finalidad retributiva (ya no importa punir al infractor por su conducta), la pena abraza por completo la finalidad preventiva, al determinarse su aplicación según sea más o menos necesaria para cumplir con los fines de un Derecho penal enfocado a evitar la comisión de más transgresiones. Esta tesis propuesta por GIMBERNAT es sintetizada por OCTAVIO DE TOLEDO y HUERTA de la siguiente manera: “A tenor, pues, de este criterio: 1) hay que prescindir de la idea de culpabilidad como fundamento de la pena, dada la insuficiencia de la base (la libertad de la voluntad, estimada no demostrable) sobre la que se asienta; 2) el único fundamento de la pena a imponer por la realización de un hecho típico y antijurídico es su necesidad para el cumplimiento de los fines preventivos a que está preordenada; y 3) correlativamente, fundamento único de la impunidad de los casos tradicionalmente identificados con la “ausencia de culpabilidad”, es la no necesidad de la pena a los indicados fines, lo que implica la redefinición de la imputabilidad (así como de su ausencia) y del error de prohibición a la luz de este nuevo fundamento.”⁵³⁰

La propuesta de OCTAVIO DE TOLEDO y HUERTA no se basa exclusivamente en esa ‘necesidad de la pena’ como fundamento de la culpabilidad, pero la sanción juega un papel importante en la perspectiva teórica revisionista en torno al concepto predominante de la culpabilidad por la que se inclinan los autores en comento, aunque no de forma directa, sino en función de la *amenaza* que constituye, la cual *motiva* al individuo a respetar la ley. Efectivamente, en este

⁵²⁹ IBIDEM, p. 289.

⁵³⁰ IBIDEM, p. 293.

modelo fundado en la 'motivación', se asume como punto de partida la función motivadora que según consideran tiene la norma jurídico-penal: la amenaza de una pena (castigo), como forma de intentar motivar a los individuos a no realizar cierto comportamiento tipificado como delito. ¿Qué significa esto? Según explican, se trata de "una motivación en contra de la realización del delito (...) Esto es, analizar si los destinatarios de la norma son capaces de adaptar sus conductas, por temor al castigo (intimidación), a las expectativas normativas que expresan las prohibiciones penales. Es decir, de autorregular su comportamiento de acuerdo con lo exigido por la norma jurídico-penal ante la amenaza que ésta formula."⁵³¹

En correspondencia con este 'principio de motivabilidad', al estudiar la culpabilidad (*atribuibilidad*, según OCTAVIO DE TOLEDO y HUERTA) del sujeto activo de un delito, lo que tendría que hacerse ahora, dentro del nuevo esquema teórico que comentamos, es evaluar hasta que punto el sujeto es 'motivable'. De esta forma, "<<culpabilidad>> significa inicialmente atribuibilidad jurídica del hecho injusto al autor por su motivabilidad en contra de la realización del delito. La motivabilidad (entendida como aptitud psíquica de autorregulación de la conducta por miedo al castigo penal), y no el <<poder actuar de otro modo>> ni el sentimiento de reproche, se erige así en la base sobre la que se apoya la atribuibilidad jurídica (<<culpabilidad>>)."⁵³²

Dentro del análisis esquemático de esta culpabilidad/atribuibilidad, con base en dicho principio de motivabilidad, se incluirían entonces tres elementos, como ya señalamos al inicio de este apartado: la cognoscibilidad de la antijuridicidad, es decir, que el sujeto tenga posibilidad de conocer la amenaza y la conducta amenazada; la imputabilidad y la no exigibilidad de comportamiento distinto. De interés para nuestro trabajo es lo que se señala sobre la imputabilidad, la cual se sitúa entonces, como el segundo momento de valoración dentro de esta categoría de culpabilidad/atribuibilidad. Siguiendo el principio de motivabilidad que la sustenta, se identifica como la "aptitud psíquica de autogobernar el comportamiento por el temor al castigo (pena) con que en la norma penal se conmina la realización de una cierta conducta. Esto es, capacidad psíquica para inhibirse de practicar la conducta prohibida por la norma penal ante el temor de que se imponga la pena que amenaza la realización de esa conducta. En suma: imputabilidad es motivabilidad (o, si se prefiere, motivabilidad normal) del sujeto respecto a la norma penal."⁵³³

En opinión de MIR PUIG, dicha imputabilidad debe ahora "definirse en función de la normalidad motivacional del sujeto. La responsabilidad penal falta cuando el sujeto actúa bajo el influjo de una motivación anormal, y este influjo puede tener

⁵³¹ IBIDEM, pp. 295-296.

⁵³² IBIDEM, p. 296.

⁵³³ IBIDEM, p. 304.

lugar en términos tales que afecte a la normalidad *psíquica* del sujeto. Cuando excluya la normalidad psíquica del sujeto desaparecerá la imputabilidad (...).⁵³⁴

De esta forma, los menores resultarían inimputables, atendiendo a que resultarían 'inmotivables'; es decir, no reaccionan como lo haría un adulto al 'estímulo' que representa la pena. Por su situación personal de inmadurez, se afirma que no poseen "unas aptitudes psíquicas suficientes como para decir que sus mecanismos de autocontrol del comportamiento han reaccionado adecuadamente ante la amenaza de pena."⁵³⁵

A nuestro juicio, los planteamientos anteriores son cuestionables. Como reseñamos, los autores que sustentan las tesis de la motivabilidad, parten de objetar el libre albedrío, es decir, la capacidad de razonar, y decidir libremente como actuar (conforme o contrario a la norma punitiva, en el caso del Derecho penal) como base de la culpabilidad, atendiendo, en la posición menos radical, a que dicha libertad volitiva y de acción, es una facultad que no puede demostrarse en la práctica, que carece de concreción material. De forma tal que pretender basar la aplicabilidad o no de una pena, y la magnitud de ésta, en consideraciones que surjan de evaluar dicho ejercicio de libertad, se asevera como erróneo, por acientífico, objetivamente imposible.

Según entendemos, estos planteamientos nacen de que dentro de esquemas psicologistas no es posible 'medir' nuestra libertad y nuestro raciocinio, pero si es viable 'medir' otras reacciones de índole psíquico, como nuestra capacidad de respuesta ante los estímulos. Entonces, resulta plausible para esta postura de la motivación, sustituir el libre albedrío como base de la culpabilidad, por la noción de 'motivabilidad', entendida como una tasación de la mayor o menor medida en que una persona obedece a estímulos externos, en este caso, de carácter negativo. De esta manera, así como la 'normalidad' de los individuos reaccionan absteniéndose de realizar actos que saben les causarán dolor o sufrimiento; análogamente, la 'normalidad' de los gobernados se debieran abstener de cometer conductas delictivas, ante el temor de sufrir una pena, amenaza en que se basa la norma jurídico punitiva.

Esa 'normalidad', evidentemente, es un concepto de carácter relativo. Como apunta el propio MIR PUIG, "El concepto de <<normalidad>> es relativo y depende no tanto de consideraciones estadísticas como de lo que en cada momento histórico-cultural se considera como <<normal>>: no se trata de un concepto naturalístico, sino *normativo o cultural*. Cada Código penal viene, por otra parte, a reflejar una determinada concepción acerca de dicha <<normalidad>>."⁵³⁶

⁵³⁴ MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal. Parte General**. 8a ed., Ed. Reppertor, Barcelona, España, 2006, p. 564.

⁵³⁵ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio y HUERTA TOCILDO, Susana. op. cit., p. 300.

⁵³⁶ MIR PUIG, Santiago. op. cit., p. 565.

Nuestro criterio se inclina por apuntar que no es posible negar que las personas gocen de libre albedrío; es decir, de capacidad plena para decidir sobre sus actos. Aunque es viable aceptar la idea de que ciertos factores o circunstancias de su entorno pueden influir, y aún dar contenido y forma a esa capacidad de raciocinio y acción; se trata sólo de factores que inciden dentro de la misma, más no la sustituyen. El temor mismo a ser 'penado', como sustento de una autorregulación del comportamiento hacia caminos lícitos en que se basa la teoría de la motivación es, en definitiva, un elemento mismo que a nuestro parecer puede efectivamente incidir en el ejercicio de la libertad de la voluntad, pero nunca agotarla. La voluntad, como fenómeno de naturaleza jurídica, implica cuestiones que rebasan la perspectiva meramente psicológica, en la cual el respeto a la ley, pareciera que se explica sólo como un reflejo condicionado.

Dicho "temor a ser castigado", indudablemente puede ser un factor, quizá hasta preponderante, que estimule a un gobernado a no infringir la norma penal. No obstante, si se afirma que ello se realiza de forma consciente, entonces debe reconocerse que se trata de uno más de los factores que inciden en la formulación de juicios racionales individuales, pero no es, insistimos, el único. Al momento de cometer un hecho típico, si el sujeto es imputable y no existen circunstancias que lo obliguen a actuar involuntariamente, puede suponerse que en su cabeza debatirán las razones que lo orillen a cometer la conducta ilícita que sea, frente a los motivos que lo induzcan a no hacerlo, entre éstos últimos el temor a ser penado. Éste, sin duda, tendrá peso importante, pero insistimos, no es de ninguna manera el único motivo que determina una conducta.

De esta forma, pretender establecer la motivabilidad como base única de la culpabilidad, atendiendo a que supuestamente se trata de una categoría psicológica que sí puede medirse objetivamente, a diferencia de la 'libertad' o la 'autonomía de la voluntad', que es metafísica, consideramos que es un planteamiento poco afortunado.

Al margen de lo anterior, lo que no puede perderse de vista es que estas dilucidaciones en torno a la culpabilidad son inaplicables en el ámbito del derecho de los menores infractores; ahí encuentran su límite, como bien apunta el Dr. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO. Es el postulado de esta tesis, la afirmación de que los menores deben quedar fuera del derecho penal; ya sea porque se les considere inimputables, o en el caso de la doctrina que hemos analizado, porque se les juzgue 'inmotivables', o 'motivables no normales', el hecho es que sus circunstancias personales los distinguen de los adultos, y exigen un trato específico diferenciado.

La cuestión que analizamos no se agota aquí. La noción que da sustento a la teoría de la motivación, nace no sólo de los postulados psicologistas que hemos criticado; si así fuese, afirmaríamos sin más su inoperancia. El arraigo y la fuerza

de estas tesis devienen de la teoría de la norma jurídica-penal y de los fines del Derecho penal con los que se correlaciona. Desde una concepción de la norma penal como una construcción de índole imperativa, se afirma que ésta contiene, y tiene como propósito, transmitir a los destinatarios un deber-ser; por medio de ella, se les conmina a actuar –o abstenerse de actuar- de cierta forma, bajo la amenaza de que la desobediencia se hará merecedora de una sanción, de una pena.

De esta forma, si la intención de la norma jurídica-penal es transmitir al gobernado una pauta de comportamiento, con la amenaza de una pena; dicha pena se convierte en un mecanismo de control social. Las penas se disponen y aplican, con la intención de velar por el cumplimiento de las normas que el Derecho penal contempla.

Así, si la intención de la pena se aleja cada vez más de un fin retributivo; es decir, ya no interesa castigar al delincuente por el hecho mismo de haber delinquido, como ‘retribución’ a su mala conducta; sino que ahora la trascendencia del orden jurídico punitivo se ubica en velar porque a través de las penas, se pueda velar por el respeto a las normas y evitar la comisión de futuros delitos; seguir afirmando que se sanciona al autor del hecho típico por haber decidido según su libre albedrío actuar ilícitamente parece obsoleto, por plantear una relación de orden retributivo: te castigo por haber actuado de tal forma. Más conveniente para esta doctrina resulta la afirmación de la motivabilidad, noción que proyectada por completo hacia la prevención, busca identificar no sólo hasta qué punto el autor del delito sabía o no que si delinquía recibiría una pena, sino qué tanta utilidad, en términos preventivos, puede tener el que se le aplique dicha sanción.

Con todo, esas funciones de retribución y de prevención por intimidación de la pena no debieran considerarse ni antagónicas, ni excluyentes. Una puede ser la de más peso, según el modelo teórico; pero ambas están presentes en la noción misma de lo que significa ‘punir’. Según apunta OCTAVIO DE TOLEDO, “el que objetivamente la pena cumpla una función de mantenimiento del orden jurídico, a través de la motivación en contra de la realización de los delitos ocasionada por su acción intimidatoria, no excluye necesariamente, sin embargo, la presencia de un cierto juego *retributivo* en la relación delito-pena.”⁵³⁷

De esta forma, más allá de ese debate entre la preponderancia de la función preventiva de la pena frente a la retributiva tradicional; es de interés analizar cómo entonces la pena, opera como una motivación para evitar –prevenir- ilícitos. Según explica OCTAVIO DE TOLEDO, frente a las Teorías valorativas que pretenden explicar la estructura de la norma jurídico-penal como un juicio de valor; las teorías imperativas postulan que dicha norma es, principalmente, una norma de

⁵³⁷ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio. **Sobre el concepto del Derecho Penal**. Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Madrid, España, 1981, p. 275.

determinación, que no contiene un mero juicio de valor, sino un imperativo. Es decir, la norma contiene declaraciones de voluntad del legislador, expresiones de un deber-ser dirigidas a los individuos, por medio del cual, se busca que éstos conformen su comportamiento de la manera deseada por el Derecho; con la conminación de que la realización de una conducta tipificada conllevará una pena. Bajo esta óptica, el Derecho tiene como función regular la vida en comunidad, y la norma jurídica se torna en ‘norma de comportamiento’: a través de ella, se reclama imperativamente la observancia de cierta conducta de parte de los integrantes del conglomerado social.⁵³⁸

Con base en esto, la ‘Teoría de la motivación’, según sus principales representantes, concibe a la ‘amenaza de la pena’ como un medio de control social; la intención última de la pena no viene a ser castigar a quien ya delinquirió, sino inhibir dichos comportamientos prohibidos, conformando una amenaza real y vigente. De esta forma, la norma penal desempeña, mediante la conminación penal, una *función de motivación*: induce a los ciudadanos a abstenerse de cometer delitos, sobre la base de que éstos preferirán evitar el castigo que representa la pena. Refiere OCTAVIO DE TOLEDO, citando a MUÑOZ CONDE: “a partir de la afirmación –demostrada– de que la norma penal tiene como función la protección de bienes jurídicos, se alcanza la conclusión de que tal norma lleva a cabo esa tarea a través de la motivación. La <<motivación>> es un complejo proceso en el que se incardinan determinados mecanismos psicológicos desencadenados por el Derecho en los individuos, para inducirles a respetar los bienes jurídicos que aquél trata de proteger: <<el Derecho, y el Derecho penal como una parte de la motivación humana; pues, como elementos pertenecientes al mundo circundante del individuo, son interiorizados o internalizados por él y cooperan en la formación de su conciencia (...)>>”.⁵³⁹

De esta forma, la amenaza de la pena opera como un *refuerzo* al imperativo que constituye la disposición jurídico-penal: *debe hacer o abstenerse de hacer esto*, dice la ley al ciudadano; si dicho mandato no bastase para afirmar el comportamiento, la pena lo apuntala: *si desobedece, se le impondrá esta pena*, ha plasmado el legislador.

En esta tesitura, como advierte OCTAVIO DE TOLEDO, la culpabilidad adopta la siguiente forma: “frente a la tradicional concepción normativa de la culpabilidad, conforme a la cual ésta aparece como *juicio de reproche* que se hace al individuo por haber realizado la conducta descrita en la norma penal cuando *podía haber actuado de otro modo*, ahora se rechaza esta construcción (con la crítica a la presunción de existencia de la libertad de voluntad –indemostrable–) y se exige, a cambio, algo que en aquélla no se exigía: *el propio juicio de reproche* del actor a sí

⁵³⁸ Cfr. IBIDEM, pp. 93 y ss.

⁵³⁹ IBIDEM, p. 99.

mismo.”⁵⁴⁰ Ello conduce, como afirma el autor, a entender que “motivar en contra del delito significa poner en marcha un mecanismo interior (psíquico) del individuo, que le lleva a hacer suya la norma penal; inducirle a valorarla como correcta, proceder a que la interiorice.”⁵⁴¹

Empero, opone OCTAVIO DE TOLEDO, la noción anterior es demasiado amplia, de forma tal que hablar de una motivación *en contra del delito* en general, es incidir en el ámbito que los psicoanalistas llaman del Super-Yo; definir por tanto, si el sujeto ha hecho suyos los valores del derecho penal, y faltando a ellos, ha cometido un ilícito, no difiere mucho de pretender tasar el ejercicio de su libre voluntad, que tanto se ha criticado. De ahí que se hable, con más especificidad, de motivar *en contra de la realización del delito*, teniendo como base ya no si el sujeto ha hecho suya la norma penal, sino simplemente, si tenía posibilidades de conocer la antijuridicidad de su conducta, y la consecuencia punitiva que ésta acarrearía. Así, “no se trata ya de buscar la ausencia de un autorreproche, o una menguada presencia del mismo, por la acción realizada en contra la interiorización, en que fundar la impunidad de los inimputables, o la atenuación de la pena en el caso de los sujetos en quienes concurren circunstancias de desigualdad social. Operaciones que adolecen de falta de demostrabilidad en el terreno judicial. Sino, más simplemente, de la comprobación de la aptitud psíquica de autorregulación del comportamiento por el miedo al castigo, cuya carencia o notable disminución sí puede afirmarse en los supuestos de inimputabilidad y, en cambio, negarse en relación a las personas ubicadas en los subgrupos sociales.”⁵⁴²

El punto es que, como opina OCTAVIO DE TOLEDO, “las normas penales tienen una función preventiva: al prohibir ciertos comportamientos, tratan de evitar que éstos se produzcan y para inhibir a los individuos en este sentido, amenazan con la imposición de un mal (pena) la puesta en práctica de tales comportamientos. De esta manera les motivan (les dan un motivo) para actuar conforme al orden jurídico: a través de la norma, de ponerla en conocimiento de los individuos, se les anticipa el perjuicio que sufrirán en caso de llevar a cabo las conductas prohibidas, tratando con ello de originarles un miedo al castigo que puede inferirles el Estado y, así, hacer que controlen su comportamiento eludiendo las formas de éste que puedan entrar en la esfera de lo prohibido.”⁵⁴³

En concordancia con lo anterior, la ‘impunidad’, en cuanto ausencia de pena pese a la realización de la conducta prohibida, se entendería por la “incapacidad del autor de autorregular su comportamiento ante la perspectiva del castigo”.⁵⁴⁴ De acuerdo a la teoría de la motivación, la pena se aplica porque el individuo no ciñó

⁵⁴⁰ IBIDEM, pp. 127-128.

⁵⁴¹ IBIDEM, pp 126-127

⁵⁴² IBIDEM, p. 132.

⁵⁴³ IBIDEM, pp. 133-134.

⁵⁴⁴ IBIDEM, p. 134.

su conducta, a pesar de la amenaza de la sanción, a lo señalado en la disposición normativa; empero, si el sujeto no puede, por incapaz, ceñirse a lo dispuesto en la norma por no entender en su justa dimensión dicha posibilidad de castigo, y sentir el supuesto miedo que ésta debiera influirle; punirlo pierde sentido, por no poderse considerar que al actuar ilícitamente, se abstraigo de la motivación establecida por la norma.

De esta forma, para el caso de los menores infractores, como inimputables, “la impunidad, pese a la realización de la conducta prohibida, se basa en la incapacidad del autor de autorregular su comportamiento ante la perspectiva de la pena. De lo que podría deducirse que la culpabilidad se expresa en términos de posesión de tal capacidad. Pero afirmar un cierto acceso de los inimputables a la motivación obliga a introducir en la anterior propuesta un matiz: que la culpabilidad indica la capacidad de autogobierno *normal* de la conducta motivada por la pena.”⁵⁴⁵ Como apunta MIR PUIG, los menores no pueden comprender suficientemente el sentido y alcance de la conminación penal, lo cual redundaría en una inferior capacidad del sujeto para cumplir el mandato normativo en comparación con las posibilidades de que dispone el hombre que actúa normalmente. Por ello, imponer al menor, pese a su desventaja, la pena prevista para el hombre ‘normal’, supondría sancionar con una dureza desigualmente excesiva una desobediencia normativa que un hombre normal comprende, pero un menor no. De ahí que no se considere lícito en un Estado social y democrático de Derecho castigar a quien no se considera responsable penalmente, pese a haber cometido un hecho penalmente antijurídico y concretamente prohibido.⁵⁴⁶

Esta motivabilidad ‘normal’ de la que se habla no sería otra cosa sino el parámetro de regulación de conducta con obediencia a la ley penal, que se espera por el Derecho de la generalidad ‘normal’ de los gobernados; con base en la cual, se fija y gradúa la aplicación de la pena. En términos del propio MIR PUIG, “El límite máximo de lo punible en un Derecho democrático, que intenta responder a las expectativas del hombre normal, esto es, de la colectividad a la que se dirige, es lo exigible a dicho hombre normal.”⁵⁴⁷

Ello, como ya señalamos anteriormente, es aplicable al caso de los adultos que en igualdad de circunstancias conocen y comprenden el mandato normativo e interiorizan la posibilidad de pena que conlleva su incumplimiento; no así tratándose de los menores, que por encontrarse en una etapa previa de desarrollo psicológico, como es el postulado de este trabajo, exigen un tratamiento diferenciado. En este caso, dicho tratamiento partiría de inculpabilidad –o ausencia de atribuibilidad-, que deviene en impunidad; aunque, a nuestro parecer, resulta

⁵⁴⁵ IBIDEM, p. 137.

⁵⁴⁶ Cfr. MIR PUIG, Santiago. op. cit., p. 542.

⁵⁴⁷ IBIDEM, p. 543.

más adecuada la afirmación de que no puedan circunscribirse siquiera a la esfera del derecho penal.

En cuanto a la pena, no debe olvidarse que, si bien, la teoría retributiva fue rechazada en virtud de que la reprochabilidad en que se sustenta la culpabilidad se asienta en la afirmación de la existencia del libre albedrío, lo cual, como se ha comentado, se aduce como indemostrable; no debe considerarse de ninguna manera que la teoría de la prevención general, constituya un planteamiento terminado en torno a la naturaleza de la pena, pues adolece a su vez de numerosas imprecisiones teóricas. Según OCTAVIO DE TOLEDO, “desde la óptica preventivo-contribucionista, por su parte, continuamente se indica la precisión de comprobar los efectos de prevención general para fundamentar la necesidad de la pena. Pues bien, a mi juicio y como ya antes he observado, en numerosos casos las posibilidades de llevar a cabo tal comprobación, esto es, la de los efectos de prevención sobre la colectividad, distan también mucho de la realidad: más bien al contrario de lo que se predica, en este terreno de lo real lo que sí puede comprobarse es la frecuencia de los argumentos especulativos, ayunos de fundamento empírico, en torno a los efectos de prevención general de las penas.”⁵⁴⁸

Así, el debate sigue abierto. ¿Cuál es la preocupación, según hemos observado, que motiva esta controversia? Una necesidad de justificar el ejercicio punitivo del Estado. Ello, sobre la base de que en un sistema político estatal de derecho democrático como el que impera actualmente, es inconcebible un ejercicio ilimitado del *ius puniendo*, partiendo de que éste consiste, en esencia, en una serie de restricciones que se imponen al desarrollo vital y a la práctica de la libertad del individuo, en aras de garantizar un mínimo de respeto a la vida y las libertades de los otros, que permita la existencia en colectividad.

De esta forma, al ser en esencia un ejercicio unilateral de poder, el *ius puniendi* exige una adecuada fundamentación tanto teórica como empírica; y, ¿qué razones puede argumentar el Estado para interferir en la vida y la libertad de un ciudadano e imponerle una pena? El punto de partida incuestionable es que dicho individuo con su comportamiento debe haber infringido una norma penal. Si ha violado la norma penal, es merecedor entonces de una sanción. Empero, ello es apenas el inicio, pues es un principio esencial del derecho penal el que dicha sanción no puede ser impuesta arbitrariamente, ni su gradación ser homogénea para todos los individuos. Según el modelo teórico, se afirma que debe ser justa, proporcional, equitativa; haciendo alusión, por lo general, a que debe ser adecuada según las circunstancias concretas del caso, dentro de los parámetros que el legislador ha plasmado en la norma. Y más aún, en su imposición, debe considerarse que muchas veces influyen las circunstancias, el entorno y las

⁵⁴⁸ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio. op. cit., p. 161.

condiciones del sujeto, mismas que –sin negar su libre albedrío- pueden orillarlos a actuar de una u otra manera, aun contra su voluntad.

He ahí a nuestro parecer el meollo del asunto: en un Estado democrático, la aplicación de una pena debe estar adecuadamente justificada. ¿Cómo justificar esa tasación de la pena que ha de hacer el Estado –por medio de los órganos judiciales correspondientes-, para salvarla de convertirse en un ejercicio autoritario del *ius puniendi*? Es la culpabilidad la que opera como primer límite al *ius puniendi*, pues de su determinación depende, de forma directa, el que se aplique o no la pena; y si se impone, con qué severidad, incidiendo así en el principio de proporcionalidad. Como apunta el propio OCTAVIO DE TOLEDO, al imponerse y determinarse por el juez la pena, se tiene “por límite la culpabilidad (motivabilidad normal en contra del delito), cuya ausencia determina la impunidad y cuya disminución lleva a atenuar la pena”.⁵⁴⁹

La valoración en el esquema teórico tradicional de la culpabilidad se basaba en evaluar el grado de voluntad con que había actuado el delincuente: si había querido plenamente realizar su conducta, sería penado con mayor severidad a que si la había llevado a cabo de forma imprudente o involuntaria. Ello, como se ha apuntado, ha sido cuestionado, porque al no ser posible ‘medir’ objetivamente, con qué tanta libertad se condujo el autor, su determinación se convertía en potestad discrecional, sujeta a la valoración individual del juzgador.

La solución ofrecida por la teoría de la motivación no nos parece más convincente: niega el libre albedrío, pero lo sustituye por una valoración en torno a si el sujeto se comportó en contra de una motivación que debió haberle creado la norma penal por la amenaza del castigo. El planteamiento, no es a nuestro juicio sino darle la vuelta a la misma esencia del libre albedrío: en éste se afirma que el sujeto puede decidir si actúa o no de una u otra manera; en la motivabilidad, se aduce que el sujeto regula su comportamiento o no según las motivaciones que le induce la norma.

No se obtiene entonces, de analizar la condición del sujeto, un ‘algo’ lo suficientemente sólido que permita fijar una escala con base en la cual imponer o decidir sobre una menor o mayor pena. De ahí que otras teorías, prefieran buscar la justificación de dicha pena, ya no en el sujeto, sino atendiendo a los fines que se busca producir en el conglomerado social. Lo que importa al aplicar la pena no es que se haga conforme a las circunstancias personales del delincuente, sino que ésta sirva a la sociedad para algo; en concreto, para inhibir y prevenir nuevos hechos delictivos, según parece ser la opinión preponderante. Empero, a nuestro parecer, esa pretensión de que es posible establecer de qué manera una pena más o menos severa previene –por intimidación- la comisión de nuevos actos

⁵⁴⁹ IBIDEM, p. 292.

delictivos es algo que tampoco puede medirse 'objetiva y científicamente', como es la exigencia.

No enunciaremos en este apartado conclusiones personales respecto a esta discusión, en virtud de que excede el tema prioritario de este trabajo. Lo que a nuestro parecer ha quedado claro en esta somera exposición sobre la naturaleza de la culpabilidad y la discusión contemporánea en torno a ella, es que en materia de menores infractores la aplicación de la pena no es procedente. De inicio, porque si, como les consideramos, están fuera del derecho penal, hablar en términos de por qué se les podría aplicar o por qué no se les aplica una pena es erróneo. Empero, ha podido observarse que la noción presente en el corpus doctrinal de las teorías expuestas es que bajo ninguna circunstancia un menor puede recibir el mismo trato penal que un adulto: ya sea por inimputable, inmotivable, o la categoría que se utilice, se requiere un trato diferenciado.

Si la finalidad de la pena es retributiva o preventiva, es una discusión al margen de lo que debe operar en materia de menores infractores; aquí, la medida de seguridad aplicable no debe tener como fin primario ni la retribución ni la prevención general, sino la resocialización, la reeducación, el reencausamiento del menor hacia el comportamiento lícito. Cuando realiza un comportamiento infractor, el menor debe atenderse para que en el futuro, al crecer y culminar su desarrollo, actúe con respeto a la norma. Ya sea porque se ha formado en él adecuadamente la capacidad de raciocinio y se le han infundido los valores suficientes que le permitan encausar su vida, según su libre albedrío, por caminos rectos. O bien, porque se le ha interiorizado suficientemente la norma penal; tanto su elemento valorativo, como el imperativo reforzado por la pena, cuya aplicación le amenaza, si continúa violando la ley.

III.- ANTIJURIDICIDAD: FORMAL Y MATERIAL.

Si bien, en el esquema dogmático de la Teoría del delito que determina los elementos del acto ilícito penal, la antijuridicidad se encuentra plenamente diferenciada de la inimputabilidad y de la culpabilidad y se define, a grandes rasgos, como el enfrentamiento, la oposición que se presenta entre la conducta del sujeto y lo establecido por la norma; tratándose de menores infractores y para los efectos de este trabajo, consideramos de importancia ligar el análisis de la antijuridicidad con el aspecto psicológico de los menores.

Ello obedece, primordialmente, a que teniendo en cuenta la división teórica que distingue entre antijuridicidad formal y antijuridicidad material, en nuestra concepción, cuando un menor delinque es en parte porque durante su formación y crecimiento no se desarrolla la noción del carácter ilícito de su conducta; es decir,

si bien en el ámbito del derecho positivo dicha conducta se encuentra tipificada y por ende se juzga como antijurídica desde el aspecto formal, en el caso del menor, suele suceder que éste no la asume como tal, lo que genera que no se presente la antijuridicidad en su elemento material, sea porque ha habido deficiencias en la educación del infante respecto a la formación de valores de respeto a la ley; o porque en su entorno convergen numerosos factores criminógenos que favorecen y aún fomentan dichas conductas, desvirtuando su carácter ilícito.

Así las cosas, y sin pretender realizar un estudio exhaustivo sobre la noción doctrinal de la antijuridicidad, que excedería los intereses de este trabajo; juzgamos de interés definir algunas cuestiones relativas a la referida antijuridicidad, especialmente en su ámbito material, con miras a establecer la manera en que opera en la materia de menores infractores.

Tradicionalmente, la antijuridicidad se concibe simplemente como la calidad de una conducta de ser contraria a la norma, de no cumplir con lo que prescribe el derecho. La tendencia positivista, siguiendo en gran medida a Kelsen, ha criticado esta idea clásica, sosteniendo que tiene su origen en una concepción estrecha del derecho que sólo toma en cuenta a las normas secundarias y no a la norma primaria, considerada ésta como aquella que contiene la orden de aplicación de la sanción a cargo de un órgano que la aplica; toda vez, que contrariamente a la noción referida, “no es el ilícito lo que provoca que un acto tenga sanción, sino que es la sanción lo que provoca que un acto sea ilícito”. Ello tiene como consecuencia, en última instancia, que no sea posible hablar de antijuridicidad, como carácter de una conducta contraria o violatoria del derecho, ya que, “la aplicación de la coacción es un acto prescrito en la norma. En consecuencia, la ilicitud es sólo una de las condiciones para que el Estado aplique la sanción, que puede ser penal o civil.”⁵⁵⁰

Al margen de la opinión kelseniana, es necesario resaltar que la antijuridicidad, como expresión de la relación de oposición que se presenta entre una conducta y el sistema normativo u ordenamiento jurídico, reviste un aspecto prioritario para la Teoría General del Derecho, en donde se analiza como una categoría general. No obstante, su aspecto penal, si bien es sólo un fragmento determinado de la antijuridicidad general, reviste especial importancia, y se caracteriza, como antijuridicidad típica, por la presencia de una sanción prevista para el infractor. Dentro de esta esquemática de la dogmática penal, la antijuridicidad es considerada uno de los elementos del delito. Si bien, diversos autores opinan que es redundante incluir a la antijuridicidad dentro del esquema de elementos del delito, ya que el legislador, al incluir el tipo en su catálogo de delitos, le ha asignado *per se* dicho carácter contrario a derecho, suele aceptarse dentro de la mayoría de las concepciones del acto delictivo; más aún, cuando algunos autores la señalan como elemento positivo, indicando que su contraparte

⁵⁵⁰ **Diccionario Jurídico Mexicano**, op. cit., Tomo I, p. 153.

negativa es la posible presencia de las llamadas causas de justificación o de licitud.

Dentro de esta concepción penal, la antijuridicidad puede entenderse a su vez en dos sentidos principales. Según comenta MOLINA FERNÁNDEZ, en su obra relativa al asunto que tratamos, en un sentido restringido, el término se usa comúnmente por quienes utilizan un sistema tripartita de exposición de la teoría del delito, “para referirse al segundo momento de la caracterización de la acción, posterior a la tipicidad y previo a la culpabilidad, en el que sustancialmente se examina si la acción típica es, además, contraria a derecho, para lo cual se tienen en cuenta la concurrencia de causas de justificación y, eventualmente, algún otro elemento. En este primer caso suele afirmarse además que la antijuridicidad desborda el ámbito de la responsabilidad penal y se presenta como categoría de la teoría general del derecho. Éste es el significado más habitual que se da en Alemania al término ‘*Rechtswidrigkeit*’, equivalente a nuestra ‘antijuridicidad’.”⁵⁵¹

Por otro lado, y según el mismo jurista, en un sentido amplio, la antijuridicidad expresa “el juicio complejo de contrariedad al ordenamiento jurídico de la acción que resultaría del examen conjunto de la tipicidad (entendida como tipo ‘de injusto’) y la ausencia de causas de justificación. Equivaldría, por tanto, a lo que los partidarios del concepto restringido denominan normalmente ‘injusto’.” A ello añade que “quienes acogen esta concepción amplia acaban desembocando en una concepción bipartita del delito, característica del sistema neoclásico, y hoy especialmente apoyada por los defensores de la teoría de los elementos negativos del tipo y posturas próximas, en la cual la antijuridicidad constituye, sin más, el primero de los dos escalones valorativos (el otro es la culpabilidad) que se predicen de la acción.”⁵⁵²

Una vez definida la noción en análisis, ahondaremos en la distinción que suele hacerse entre el aspecto material y el formal, sea que esta se entienda a manera de división en elementos, o como caracterización de dos nociones separadas, aunque complementarias:

a) Antijuridicidad formal.- Se refiere a la definición mínima, incluso etimológica, que puede darse al vocablo mismo de antijuridicidad, el cual, como hemos venido señalando, es la característica de ser ‘contrario a derecho’. La relación de oposición que se da entre el objeto de análisis –un hecho o hechos, en materia penal la conducta- y lo expresamente señalado por la norma, es decir, el derecho, es lo que se conoce como antijuridicidad formal.

⁵⁵¹ MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. **Antijuridicidad penal y sistema del delito**. José María Bosch Editor, Barcelona, España, 2001, p. 29.

⁵⁵² IBIDEM, p. 30.

Dentro de esta esfera, es posible determinar cuáles son las características que definen la contrariedad del objeto con el derecho. Si se parte de que el derecho es simplemente un conjunto de normas, la antijuridicidad formal no es más que la violación que se realiza a través del hecho a lo prescrito con la norma jurídica; por otro lado, y desde una perspectiva más amplia, si se admite que ir en contra del derecho no es solamente contrariar la norma, la antijuridicidad va más allá de la mera antinormatividad, y “puede expresar una cierta forma de contrariedad a derecho que no presuponga necesariamente que el sujeto ha actuado contra la norma.”⁵⁵³

b) Antijuridicidad material.- Junto con el aspecto formal, la doctrina suele hacer referencia a un contenido material de la antijuridicidad; en este sentido, se afirma que un hecho es antijurídico cuando resulta lesivo o dañoso de bienes o valores considerados necesarios de ser protegidos por el conglomerado social.

Al respecto, MOLINA FERNÁNDEZ comenta que: “La importancia del aspecto material en el desarrollo de la antijuridicidad se destaca sobre todo a partir de la concepción neoclásica del delito inspirada en la corriente filosófica del neokantismo, pierde protagonismo en la doctrina finalista y hoy vuelve a tener un papel primordial en la doctrina teleológica o funcional, principalmente en su variante menos radical como es la defendida por Roxin y su escuela.”⁵⁵⁴

La discusión en la doctrina gira en torno a definir, si la antijuridicidad material puede separarse de la formal, y viceversa, en cuyo caso, podrían considerarse antijurídicos materialmente aquellos actos que atacaran bienes o valores sociales, independientemente de que estuvieran o no protegidos por la norma; y antijurídicos formalmente, aquellas conductas que simplemente contravinieran lo dispuesto en la norma, aún cuando no fuesen socialmente juzgados de ilícitos o injustos.

Es decir, se trata de dilucidar si al hablar de antijuridicidad formal y antijuridicidad material, se está aludiendo a dos conceptos distintos, o tan sólo a dos enfoques del mismo concepto. Al respecto, sobresalen dos posturas teóricas: la tesis de la independencia y la tesis de la correspondencia, que comentaremos brevemente.

a) Tesis de la independencia. De acuerdo con este enfoque, la antijuridicidad material se transforma en un concepto prioritariamente sociológico, o incluso moral, por medio del cual se juzga la lesividad social del hecho, al margen de lo que concretamente pudiera disponer el derecho positivo. En esta postura, se le asigna a la antijuridicidad material un contenido que va más allá del derecho o de

⁵⁵³ IBIDEM, p. 43.

⁵⁵⁴ IBIDEM, p. 44.

lo meramente jurídico, pues se atiende a la reprochabilidad que el acto que se juzga como injusto o ilícito, merece frente al grupo social de que se trate.

b) Tesis de la correspondencia. Desde esta perspectiva, la antijuridicidad material se encuentra plenamente en el ámbito del derecho positivo; es decir, se abandona cualquier referencia de carácter sociológico o moral que pueda considerarse ajena a lo estrictamente jurídico, definiendo el carácter material como la protección misma que hace el legislador en la norma de un bien jurídico o valor, que la conducta juzgada de antijurídica daña o pone en riesgo; es decir, se identifican plenamente, siendo el aspecto material la expresión específica, de acuerdo con el bien jurídico tutelado, del aspecto formal.

c) Tesis intermedias. A medio camino entre quienes diferencian y quienes identifican plenamente a la antijuridicidad material con la formal, se presentan varias tesis intermedias; de manera general, si bien establecen una correspondencia entre los ámbitos material y formal, admiten la posibilidad de que se asigne un contenido práctico al enfoque material, que va más allá del simple hecho de confirmar el aspecto lesivo del hecho tipificado por el legislador.

Según refiere MOLINA FERNÁNDEZ, esta última posición atribuye una gran importancia práctica a la antijuridicidad material, ya que “entre sus cometidos se han destacado: (a) la de servir como guía para el legislador a la hora de crear tipos penales; (b) la de servir de límite al ius puniendi y de criterio de evaluación del derecho positivo; (c) la de permitir la graduación del injusto en función de su gravedad; (d) la de servir de criterio de interpretación (restrictiva) de los tipos; por último, y en lugar especialmente destacado, (e) la de servir para captar los principios básicos de la justificación y eventualmente para ampliar las causas de justificación a supuestos no expresamente recogidos por la ley.”⁵⁵⁵

Ahora bien, ¿cómo se presenta el aspecto antijurídico en el caso de las conductas típicas cometidas por menores? Nuestro planteamiento gira principalmente en torno a identificar lo que sucede cuando el menor se desarrolla en un ambiente criminógeno, especialmente en el caso del entorno familiar, en el que se soslayan y aún se incentiven las conductas ilícitas; si bien, como se especificó, toda conducta tipificada en la ley penal, adquiere por tal motivo el carácter de ser antijurídica formalmente, dicho carácter exige confirmación práctica de parte del conglomerado, para que la conducta pueda ser a su vez antijurídica materialmente.

No es nuestra intención adoptar una postura que diferencie completamente a la antijuridicidad material de la formal; pero, yendo más allá del aspecto meramente teórico, conociendo nuestro entorno, es factible que ambas puedan encontrarse no sólo separadas, sino que resulten inclusive contradictorias. Es

⁵⁵⁵ IBIDEM, p. 51.

factible se presente este fenómeno por dos causas principales: a) de inicio, por la impreparación y poca lucidez de los legisladores, quienes ajenos totalmente a las necesidades colectivas, suelen comprometer en el texto legal los intereses de la mayoría en beneficio de unos cuantos; así, resulta común que se pretenda prohibir por la ley, conductas que a consideración del conjunto social no son repudiables, sino inclusive plausibles; y b) en caso contrario, tratándose del auge incontenible de la criminalidad, suele suceder que la marginación y las condiciones de carencia extrema, crean 'islas' o núcleos sociales aislados del resto de la población, en los cuales, por las propias condiciones de marginalidad y pobreza, el repudio colectivo hacia los delitos (principalmente los patrimoniales) se va atenuando, hasta que, si bien no se considera totalmente correcta la comisión de conductas delictivas, sí se admite o se solapa su ejecución como forma de subsistencia.⁵⁵⁶

Así las cosas, en nuestra opinión, acorde con las tendencias garantistas, que afirman que el menor no delinque por sí mismo, sino que incurre en conductas antisociales por factores ajenos a sí; consideramos que en el caso de un menor que se desarrolla en un ambiente social que propicia y alienta las conductas ilícitas, no se presentará el sentido de lo antijurídico materialmente, toda vez, que en su entorno no se reconoce o se disimula la lesividad social de su conducta. Ello, especialmente tratándose del ámbito familiar, el cual, al ser el primer círculo de socialización al que tiene acceso el menor, es sin duda el primer punto de acceso del infante a los valores sociales, entre ellos, el respeto a la ley.

En una sociedad que promueve constantemente los actos de violencia armada, como la de los Estados Unidos de América, no obstante que las conductas se encuentren contempladas en el orden jurídico como antijurídicas formalmente, la relajación en el sentido antijurídico material de parte del conglomerado social, fomenta la comisión de dichas conductas; el menor, creciendo en ese ambiente de ambivalencia, es factible se incline por ellas, como de hecho sucede, teniendo como ejemplo las cada vez más comunes matanzas de estudiantes a manos de un compañero. En otros supuestos, un menor que se desarrolla en una ambiente de pobreza y marginación, en el cual observa que sus semejantes tienen como fuente principal de ingresos el robo o el secuestro, es probable igualmente que una vez esté en posibilidades de hacerlo, se dedique a la realización de dichas conductas, que si bien están tipificadas, y por tanto son antijurídicas formalmente, la desintegración social ha generado que no se identifique en ese sector su antijuridicidad material.

⁵⁵⁶ Véase por ejemplo en México, por un lado, el constante interés de los sectores legislativos identificados con la derecha de imponer prohibiciones al uso de minifaldas por las mujeres, inquietud no compartida por el general de la población; y por el otro, la existencia de 'zonas de tolerancia' de delincuencia, como el Barrio de Tepito, en la Ciudad de México, donde es *vox pópuli*, que las personas hacen de la actividad delictiva una industria generalizada.

De tal suerte, que aunque la doctrina tienda a unificar la antijuridicidad formal con la material, en la práctica, influyen numerosos factores que provocan su separación. En el caso de un menor que ha delinquido, consideramos que es de especial importancia el que pueda determinarse si al hacerlo, tuvo conciencia de que su conducta era indebida, contraria a la ley, tanto en el aspecto estrictamente jurídico (formalmente) como en el social (materialmente). Aquí, si bien el asunto parece mezclarse con otro elemento del delito como es la *culpabilidad*, no es nuestro interés adentrarnos en la discusión teórica respecto a la estrecha relación entre la antijuridicidad y la culpabilidad; únicamente, señalamos que será labor de los profesionistas especializados, psicólogos y demás, determinar en que grado está enterado el menor de que su conducta es antijurídica, aspecto esencial a tomar en cuenta para su tratamiento de rehabilitación.

IV.- ASPECTOS PSICOLÓGICOS DE LOS MENORES

A. Teorías sobre el desarrollo psicológico del menor.

Desde siempre, el estudio del desarrollo del ser humano ha resultado de especial interés para los científicos de la psique humana; los intentos de explicar la naturaleza de nuestra mente, suelen tener como punto de partida el análisis del proceso evolutivo por el cual la persona pasa por los diversos estados o fases de desarrollo, desde la primera niñez hasta la vejez, poniendo énfasis particular en los primeros años de la vida, cuando la psique debe evolucionar de un estado primario de conciencia, a la madurez psicológica que exige la vida adulta.

Dentro de ese proceso de formación de la personalidad del sujeto, tiene particular importancia la maduración de las capacidades de sociabilidad, dentro de las cuales, se incluyen las nociones de moralidad acordes con el grupo social en el que crece el individuo. Si bien, para los estudiosos del Derecho, nos resulta de particular importancia distinguir nuestra ciencia de la moral; no puede negarse que dentro del proceso de desarrollo psíquico de los individuos, la idea de la obligatoriedad de lo jurídico se relaciona estrechamente con la calificación que se hace de una conducta como buena o mala, la cual reviste interés exclusivamente moral.

Al abordarse un tema como el de los menores infractores, dada la interdisciplinariedad que exige, debe ponerse peculiar atención en el estudio de estos procesos de desarrollo de la mente. Si bien, la realización de una investigación exhaustiva de estos temas, analizados ampliamente en tratados de psicología y estudios especializados sobre el desarrollo social del sujeto y de su personalidad, excede el interés de este trabajo; es importante comentar algunas

cuestiones del desarrollo de la psique que tienen incidencia directa en la posibilidad de que un menor cometa conductas antisociales o delictivas; a saber: a) la agresión y el comportamiento antisocial; y b) el desarrollo de las nociones de altruismo y moralidad.

La intención es, a la luz de las diversas teorías psicológicas en la materia, describir algunos de los múltiples factores que inciden en el desarrollo del menor, moviéndolo sea a un comportamiento agresivo o a uno socialmente aceptable; para mostrar, siguiendo la tesis principal de este trabajo, que los menores infractores son el resultado de una multiplicidad de factores criminógenos que, operando desde fuera de ellos mismos, los llevan a los comportamientos ilícitos.

En psicología, el estudio del desarrollo social y de la personalidad, se sustenta en tres escuelas clásicas: a) el enfoque psicoanalítico, b) el conductismo o enfoque del aprendizaje social; y c) el enfoque cognitivo-evolutivo.

Según explica David SHAFFER, “el enfoque psicoanalítico se inició con Sigmund Freud, cuya teoría psicosexual sostenía que los humanos se mueven por instintos sexuales y agresivos innatos (Eros y Thanatos) que deben ser controlados. Gran parte de la conducta humana reflejaría motivos inconscientes que las personas han reprimido. Freud proponía cinco etapas de desarrollo psicosexual -oral, anal, fálico, latencia y genital- en las cuales surgen y llegan a integrarse sólidamente los tres componentes de la personalidad, el ello, el yo y el superyó.”⁵⁵⁷

Los revisores de la escuela Freudiana, han resaltada la presencia de otros factores, ajenos a los caracteres meramente sexuales, que inciden en el desarrollo del individuo. Así, por ejemplo, Eric ERIKSON, en su teoría psicosocial, “revisa y extiende la teoría de Freud centrándose menos en el instinto sexual y más en los importantes determinantes socioculturales del desarrollo humano. Según Erikson, las personas progresan a través de una serie de ocho conflictos psicosociales empezando por “confianza frente a desconfianza” en la infancia y concluyendo con “integridad frente a desesperación” en la ancianidad. Cada conflicto debe ser resuelto a favor del rasgo positivo (confianza, por ejemplo) para que el desarrollo sea sano.”⁵⁵⁸

La segunda corriente considerada clásica por los psicólogos, es la perspectiva conductista o del aprendizaje social. De acuerdo con John B. WATSON, su principal representante, los seres humanos al nacer, son como una hoja en blanco, la cual será llenada según sus experiencias futuras. Los bebés, bajo su idea de determinismo ambiental, “son *tabulae rasae*, que desarrollan hábitos como

⁵⁵⁷ SHAFFER, David R. **Desarrollo social y de la personalidad**. 4ª ed., Thomson Editores Spain, Madrid, España, 2002, p. 71.

⁵⁵⁸ IDEM.

resultado de sus experiencias sociales. El desarrollo era percibido como un proceso continuo que podría proceder en muchas direcciones diferentes, dependiendo de los tipos de ambientes a los cuales está expuesta una persona.”⁵⁵⁹

B. F. SKINNER, continuó los trabajos de WATSON, en especial en torno a la idea de *condicionamiento*. Según SKINNER, “el desarrollo refleja el condicionamiento operante de los niños que son moldeados de forma pasiva por los refuerzos y castigos que acompañan a sus conductas.”⁵⁶⁰ De tal suerte, que la conducta puede ser moldeada a voluntad, según sea dirigida con estímulos positivos (premios) y negativos (castigos).

La teoría del aprendizaje social-cognitivo, surge principalmente como respuesta al determinismo ambiental de WATSON. Según Albert BANDURA, los niños tienen una participación activa en su desarrollo, al actuar “como procesadores de información activos que desarrollan rápidamente muchos nuevos hábitos por aprendizaje observacional”. Los infantes, no sólo responden a lo determinado por el ambiente, sino que interactúan ellos mismos con el ambiente, contribuyendo “a crear los entornos que influyen en su desarrollo (determinismo recíproco).”⁵⁶¹

El tercer enfoque clásico es el *desarrollo cognitivo*, desarrollado por Jean PIAGET. Según este reconocido estudioso, la actividad intelectual es una función vital básica que ayuda a los niños a adaptarse al ambiente; su teoría del desarrollo intelectual tiene muchas implicaciones importantes para el desarrollo social y de la personalidad. PIAGET, “describe a los niños como exploradores activos e inventivos (es decir, constructivistas) que están constantemente construyendo esquemas para representar lo que saben y modificando estas estructuras cognitivas por medio de los procesos de organización y adaptación. Organización es el proceso por el cual los niños reorganizan su conocimiento existente en esquemas de orden superior. Adaptación es el proceso de lograr un ajuste al entorno, y ocurre mediante dos actividades complementarias: la asimilación y la acomodación.”⁵⁶²

PIAGET, elaboró una secuencia invariante de cuatro estadios, a través de la cual, creía se realizaba el desarrollo intelectual. Estas etapas, según resume SHAFFER consisten en:⁵⁶³

1.- Estadio sensoriomotor (0-2 años). En este período, los bebés llegan a “saber” y comprender objetos y sucesos actuando sobre ellos. Los esquemas de

⁵⁵⁹ IBIDEM, p. 72.

⁵⁶⁰ IDEM.

⁵⁶¹ IDEM.

⁵⁶² IDEM.

⁵⁶³ Cfr. IDEM.

conducta (o sensoriomotores) que crea un niño para adaptarse a su entorno, se internalizan finalmente formando símbolos mentales (o esquemas simbólicos) que permiten al niño comprender la permanencia del objeto, manifestar una imitación diferida, y resolver problemas sencillos en un nivel mental sin recurrir al ensayo y error.

2.- Estadio preoperacional (aproximadamente 2-7 años). El razonamiento simbólico se hace cada vez más manifiesto durante el estadio preoperacional a medida que los niños empiezan a utilizar palabras e imágenes de maneras creativas en sus actividades de juego. Aunque los niños de 2 a 7 años desarrollan cada vez más conocimientos sobre el mundo en que viven, su pensamiento es bastante deficiente en comparación con el de los adultos.

Según PIAGET, los niños en edad preescolar son muy egocéntricos, sólo perciben los sucesos desde su propia perspectiva, mostrando dificultad para asumir el punto de vista de otra persona. Además, su pensamiento se caracteriza por la centración: al encontrarse con algo nuevo, tienden a centrarse en un único aspecto, que suele ser su rasgo más evidente o sobresaliente desde un punto de vista perceptivo. Ello genera, que como pensadores intuitivos, muchas veces fallen a la hora de resolver problemas tales como las tareas de conservación que les exigen evaluar simultáneamente varios fragmentos de información.

3.- Etapa de Operaciones concretas (aproximadamente 7-11 años). Durante este período, los niños pueden pensar de modo lógico y sistemático acerca de objetos, sucesos y experiencias concretos. Tienen capacidad para ejecutar operaciones aritméticas en su mente, e inclusive invertir mentalmente los resultados de acciones físicas y secuencias de conductas. La adquisición de estas operaciones cognitivas, permite a los niños conservar, seriar y hacer inferencias transitivas; no obstante, aún muestran deficiencias para pensar de manera lógica acerca de proposiciones hipotéticas que superen o violen sus concepciones de la realidad.

4.- Etapa de las Operaciones formales (a partir de 11 o 12 años). Se ha desarrollado el pensamiento operacional-formal a un nivel racional, abstracto y muy parecido al razonamiento hipotético-deductivo de un científico. En este período, los adolescentes pueden “pensar acerca del pensamiento” y operar sobre ideas tanto como sobre objetos y sucesos tangibles.

Según reseña SHAFFER, aunque PIAGET “ha descrito de modo exacto las secuencias generales del desarrollo intelectual, muchas veces subestima y a veces sobrestima las capacidades cognitivas del niño. Algunos investigadores han puesto en duda el supuesto piagetiano de que el desarrollo ocurre en estadios, mientras que otros han criticado su teoría por ignorar en gran parte las influencias sociales y culturales o por no ser capaz de especificar cómo progresan los niños de un estadio intelectual al siguiente. Pero a pesar de sus limitaciones, la teoría de

Piaget ha contribuido de un modo enorme a nuestra comprensión del desarrollo cognitivo, ha sido aplicada ampliamente al campo de la educación, ha ayudado a generar el campo de la cognición social, y ha proporcionado ideas importantes acerca de muchos otros aspectos del desarrollo social y de la personalidad.”⁵⁶⁴

Las anteriores son, a grandes rasgos, las tres escuelas clásicas que explican el desarrollo en psicología. No obstante, en los últimos años, han surgido otros enfoques que ya sea revisando, complementando o refutando a los anteriores, permiten asumir nuevas posturas respecto a la manera en que los infantes completan su madurez psíquica. Dentro de ellas, destacan: a) la etología; b) la teoría genética de la conducta; c) la teoría de los sistemas ecológicos; y d) las teorías cognitivas modernas.

La etología, como perspectiva moderna de la evolución, expresa que “los humanos nacen con una serie de atributos adaptativos que ha evolucionado a lo largo de la selección natural y canalizan el desarrollo para mejorar la supervivencia. Los etólogos creen que los humanos están influidos por sus experiencias e incluso afirman que ciertas características adaptativas se desarrollarán con más probabilidad durante períodos sensibles, en el supuesto de que el ambiente promueva este desarrollo. Sin embargo, nos recuerdan que los humanos son seres biológicos con atributos influidos biológicamente que afectan al tipo de experiencias de aprendizaje que es probable que tengan.”⁵⁶⁵

De acuerdo con la genética de la conducta, la información genética que poseen los individuos puede determinar su desarrollo y comportamiento futuro. Se estudia la manera en que “los genes heredados influyen en el rendimiento intelectual, así como en dimensiones de personalidad como el continuo introversión-extroversión e interés empático, e incluso predisposiciones para mostrar alteraciones como la esquizofrenia, trastornos neuróticos, el alcoholismo y la criminalidad. Sin embargo, ninguno de estos atributos complejos están “determinados” genéticamente: todos ellos están también muy influidos por el ambiente.”⁵⁶⁶

Un enfoque más amplio, trata de explicar cómo se combinan la herencia y el ambiente para producir el cambio evolutivo.

Un modelo actual, “propone tres razones por las que los genes influyen los ambientes que vamos a experimentar: mediante correlaciones pasivas genotipo/ ambiente, mediante correlaciones evocadoras genotipo/ ambiente, y mediante correlaciones activas genotipo/ ambiente (o de construcción de nichos). Sin embargo, el enfoque de la genética de la conducta ha sido criticado como una

⁵⁶⁴ IBIDEM, p. 73.

⁵⁶⁵ IBIDEM, p. 111.

⁵⁶⁶ IDEM.

teoría incompleta del desarrollo, ya que describe, pero no llega a explicar cómo o bien los genes o el ambiente influyen en nuestras capacidades, conducta y carácter.”⁵⁶⁷

BRONFENBRENNER desarrolló la teoría de los sistemas ecológicos, como una perspectiva ambientalista moderna. Esta escuela, “concibe el desarrollo como el producto de las transacciones entre una persona siempre cambiante y un ambiente siempre cambiante. Bronfenbrenner propone que el ambiente natural en que ocurre el desarrollo realmente consiste en varios contextos o sistemas en interacción -microsistema, mesosistema, exosistema, y macrosistema (cada uno de los cuales está influido a su vez por el cronosistema)– es decir, por cambios que ocurren a lo largo del tiempo en los contextos individuales o en otros contextos ambientales. Este análisis detallado de las interacciones persona-ambiente ha sugerido muchas intervenciones para mejorar el desarrollo.”⁵⁶⁸

Dentro de las perspectivas cognitivas modernas, sobresale la teoría sociocultural de VYGOTSKI. Propone que “las mentes de los niños, sus habilidades y personalidades se desarrollan a medida que adquieren instrumentos de adaptación intelectual que pertenecen a su cultura. Los niños adquieren creencias culturales, valores y estrategias de resolución de problemas en el contexto de diálogos colaborativos con compañeros más hábiles a medida que van internalizando las instrucciones de sus tutores para aprender tareas dentro de su zona de desarrollo próximo. El aprendizaje colaborativo es más eficaz cuando los compañeros más hábiles instruyen a través de andamiajes, permitiendo al niño sacar provecho de ellos y empezando a funcionar con mayor independencia.”. Por su parte, los teóricos del procesamiento de la información social “proponen que las reacciones de los niños a sus experiencias sociales dependen en gran medida de las atribuciones causales que hacen sobre su propia conducta y la de los demás. Esta idea crucial viene apoyada por la investigación y ha contribuido a la comprensión de muchos aspectos socioevolutivos. Sin embargo, la teoría del procesamiento de la información social no suele proporcionar una visión completa de los fenómenos a los que se aplica y se considera más bien que es un complemento importante de otras perspectivas teóricas, sin que sustituya a éstas.”⁵⁶⁹

Como ha sucedido en la mayoría de las ciencias, en los últimos tiempos, los estudiosos han dejado a un lado las posturas dogmáticas u ortodoxas cerradas, optando por asumir diversas perspectivas, con enfoque ecléctico, según exija el problema en concreto. Así, según apunta el multicitado SHAFFER, “a medida que los teóricos del desarrollo van aprendiendo la increíble complejidad y el carácter holístico del desarrollo humano, la mayoría se va acercando a un modelo

⁵⁶⁷ IDEM.

⁵⁶⁸ IDEM.

⁵⁶⁹ IDEM.

contextual, más allá del modelo mecanicista, que guía las teorías del aprendizaje, o del modelo organísmico, que subyace a las teorías de estadios. De hecho, la mayoría de los teóricos del desarrollo contemporáneos adoptan una postura ecléctica, al reconocer que ninguna teoría ofrece una descripción totalmente adecuada del desarrollo humano, y que cada una contribuye de un modo relevante a nuestra comprensión de las personas en desarrollo.”⁵⁷⁰

Las anteriores son, a grandes rasgos, las teorías que buscan explicar de manera general como se lleva a cabo el desarrollo de la psique humana. Ahora bien, resulta de interés analizar como aborda cada enfoque la posible presentación de comportamientos agresivos o antisociales y la formación de nociones morales en el sujeto.

Si bien, no existe un criterio uniforme para definir lo que es un comportamiento agresivo de parte del menor, el juicio social suele interpretar como agresión las conductas que resultan dañinas para el conglomerado; así, en una perspectiva amplia, las teorías psicológicas en torno a la agresión pueden aplicarse a los actos tipificados por la ley cometidos por menores, considerándose estos como comportamientos agresivos, independientemente de que se presenten con o sin violencia.

Según reseña SHAFFER, en torno a las teorías de la agresión, “Freud propuso que los seres humanos están impulsados por un instinto destructivo, el *tánatos*, que consideraba responsable de generar los impulsos agresivos. Los etólogos describen la agresión como un instinto de lucha suscitado por ciertos índices provocadores del entorno. Por tanto, ambas escuelas del pensamiento consideran a los humanos instintivamente agresivos”. Más adelante, “a partir de la temprana y bastante simple hipótesis de la frustración/agresión surgieron otras teorías de la agresión basadas en el aprendizaje. La versión revisada por Berkowitz de la teoría de la frustración/ agresión sostiene que la frustración, así como el ataque y los hábitos agresivos previamente adquiridos aumentan la disposición a agredir. Pero puede que las respuestas no ocurran a menos que estén presentes para provocarlas determinados indicios agresivos. La teoría del aprendizaje social de Bandura describe cómo las respuestas agresivas se adquieren a través de la experiencia directa y el aprendizaje por observación, y se mantienen hasta convertirse en hábitos. También abrió un nuevo terreno al sostener que (1) cualquier tipo de excitación puede fomentar la agresión y (2) nuestra interpretación cognitiva del daño es más importante a la hora de determinar nuestras reacciones que la cantidad de daño objetivo que se haya hecho.”⁵⁷¹

⁵⁷⁰ IDEM.

⁵⁷¹ IDEM.

Los psicólogos identifican la importancia de la presencia de influencias culturales y subculturales en la agresión; se acepta, “que las tendencias agresivas de una persona dependerán, en parte, de los contextos culturales y subculturales en los que se haya criado. Debido en parte a las diferencias de clase social en la situación de ser madre o padre, los niños y adolescentes de entornos desfavorecidos son más agresivos y muestran dosis superiores de delincuencia que sus pares de clase media.”⁵⁷²

La afirmación anterior destaca por su importancia, al reconocer la influencia que un entorno criminógeno puede tener en la presencia de comportamientos agresivos en el menor.

Igual trascendencia tiene la influencia de la familia; según SHAFFER, “los padres y madres fríos y distantes que se apoyan en la afirmación de poder y que suelen permitir la agresión, tienden a criar hijos agresivos. Sin embargo, la socialización de la agresión es un camino en dos direcciones, porque las características del niño (como el temperamento o las reacciones a la disciplina) pueden afectar a las actitudes parentales y a las prácticas de crianza”. Asimismo, afirma que “los hogares donde imperan las peleas parecen constituir un terreno abonado para la agresión y la violencia. Los chicos y chicas “fuera de control” que son muy agresivos viven con frecuencia en entornos de hogar coercitivos en los que conductas hostiles tales como discusiones verbales y peleas se refuerzan negativamente. A menudo es precisa terapia familiar para ayudar a estos niños fuera de control, que de otro modo corren el riesgo de alienar a profesores y compañeros, de dar con iguales desviados y convertirse en delincuentes crónicos.”⁵⁷³

En el tratamiento de los menores infractores caracterizados por la presencia de estos comportamientos agresivos, una correcta intervención psicológica ha de tender a la aplicación de métodos para controlar la agresión y la conducta antisocial. Los diferentes teóricos han propuesto la aplicación de diversos métodos, como la catarsis freudiana, que no han resultado positivas en todo tiempo.

Al respecto, SHAFFER apunta que “las técnicas catárticas no resultan medios eficaces de reducir las hostilidades infantiles. La creación de entornos de juego no agresivos constituye un enfoque más fructífero. Los agresores proactivos pueden beneficiarse cuando se apoyan en procedimientos de control tales como las técnicas de tiempo fuera y respuesta incompatible, que les enseña que la agresión no merece la pena y que los medios no agresivos de resolver problemas resultan medios mejores de lograr sus objetivos. Y todos los chicos y chicas agresivos, en particular los agresores reactivos exaltados, pueden beneficiarse de

⁵⁷² IDEM.

⁵⁷³ IDEM.

intervenciones sociocognitivas que les ayuden a regular su enfado y a adquirir más habilidades para empatizar y adoptar las perspectivas de otras personas, por lo cual tenderán menos a atribuir intenciones hostiles a otras personas.”⁵⁷⁴

Ahora bien, por lo que hace a la formación de la moralidad en la personalidad del individuo, ésta, entendida como un conjunto de principios o ideales internalizados que ayudan al individuo a distinguir lo correcto de lo malo y de actuar según esta distinción, los psicólogos la dividen en tres componentes básicos: la emoción moral, el razonamiento moral y la conducta moral.

Por lo que hace a las teorías sobre el desarrollo moral, en primer lugar, la explicación freudiana de la moralidad edipal, según la cual los niños internalizan las normas morales del padre del mismo sexo durante el estadio fálico mientras resuelven sus complejos de Edipo o de Electra y forman una conciencia o superyó, ha sido superada por diversas investigaciones.

Por el lado de la teoría cognitivo-evolutiva, se ubica al niño como filósofo moral. Los teóricos de esta escuela, enfatizan el componente cognitivo de la moralidad al estudiar el desarrollo del razonamiento moral. PIAGET “elaboró un modelo de dos estadios de desarrollo moral basado en los cambios que ocurren en las concepciones infantiles de las reglas en su sentido de justicia social. Desde un periodo premoral en el que los niños supuestamente no respetan ninguna regla, avanzan hacia la moralidad heterónoma, en la que consideran las reglas como absolutos morales y creen en la justicia inmanente, y, por último, hacia la moralidad autónoma, en la que consideran las reglas como flexibles y la justicia como relativa en vez de absoluta. Piaget identificó claramente algunas tendencias importantes en el desarrollo del razonamiento moral. Sin embargo, los inconvenientes de sus métodos de investigación y el hecho de que no captara las distinciones de los niños entre las reglas morales y las reglas socio-convencionales ocasionaron que subestimase la sofisticación moral de los niños preescolares y de los primeros años de primaria.”⁵⁷⁵

Lawrence KOHLBERG, como revisor de PIAGET, “considera que el razonamiento moral avanza a través de una serie invariable de tres niveles (moralidades preconventional, convencional y posconvencional), cada uno de los cuales se compone de dos estadios distintos. Según Kohlberg, el orden del progreso a través de los niveles y los estadios es invariante porque cada uno de estos modos de pensamiento depende, en parte, del desarrollo de las capacidades cognitivas que evolucionan a través de una secuencia fija. Sin embargo, Kohlberg también sostenía que no ocurre ningún desarrollo moral en

⁵⁷⁴ IDEM.

⁵⁷⁵ IBIDEM, p. 374.

ausencia de experiencias que provoquen que la persona reevalúe los conceptos morales de los que dispone.”⁵⁷⁶

Con relación a los teóricos del aprendizaje social, sus estudios “han ayudado a explicar como aprenden los niños a resistir la tentación y a inhibir actos que infringen las normas morales. Algunos de los factores que promueven el desarrollo de los controles inhibitorios son las alabanzas de la conducta virtuosa, los castigos que incluyen explicaciones racionales apropiadas, y el exponer al niño a (o hacerle servir como) modelos de autocontrol moral. Otras técnicas no punitivas, tales como la formación del autoconcepto moral, también son bastante eficaces a la hora de promover la conducta moral.” En última instancia, “los estudios de estilos de crianza infantil implican una y otra vez que el uso de la disciplina inductiva promueve la madurez moral, mientras que la retirada de cariño tiene poco efecto, y la afirmación de poder está asociada con la inmadurez moral. No obstante, la eficacia de la inducción puede variar según el temperamento del niño. Pero los niños prefieren en general la disciplina inductiva a los otros enfoques, y la mayoría de ellos parecen estar muy motivados a aceptar la influencia de un adulto inductivo cuyos métodos puedan respetar.”⁵⁷⁷

La idea es, que debe reconocerse que el menor está sujeto a un proceso de desarrollo psicológico sumamente complejo, durante el cual, obedece no sólo a fuerzas que surjan en su interior, sino en gran medida es sensible a influencias externas, sea que provengan de los padres, la familia, la escuela, el medio ambiente o los iguales, factores que inciden con gran potencia en su madurez psicológica, pudiendo encausarlo hacia comportamientos aceptados y favorecidos por el conglomerado social, o desviarlo hacia la agresividad, la antisocialidad y la delincuencia.

Heinz REMPLEIN, en su Tratado de Psicología Evolutiva, trata de explicar como el medio ambiente interviene en el desarrollo. Así, respecto a la influencia de la sociedad y la cultura, argumenta que: “La sociedad y la cultura se dirigen a todos los estratos psíquicos para apuntar, por fin, al espíritu del individuo, a su estrato endotímico y personal. Sus efectos se hallan tan íntimamente entrelazados, que es difícil conseguir en muchos casos una separación conceptual. La cultura es, en primer lugar, como ya hemos dicho, producto del espíritu humano; por cada creación cultural se nos comunica indirectamente el espíritu de su creador. Del acervo cultural de la Humanidad se sirven también algunos hombres para formar a otros, por ejemplo, el maestro que procura dar a conocer a sus alumnos un cuadro o una poesía. En este aspecto hay que distinguir la formación del espíritu que va directamente de hombre a hombre, y la indirecta, que se logra por medio de los bienes culturales. Detallando, pueden destacarse: una formación de las aptitudes psicosomáticas por medio de la

⁵⁷⁶ IDEM.

⁵⁷⁷ IBIDEM, p. 375.

destreza, la práctica y la habituación (formación formal); una transmisión del contenido en sabiduría y valores (formación material) y, por último, una orientación de los deseos y aspiraciones, que actúa directamente de persona a persona, hacia el orden de valores experimentado en el alma y en la conciencia y reconocido por la mente. Ésta es una tarea que se ha de repartir entre la casa paterna, la escuela, la Iglesia y todas las demás instituciones formativas. Decisivo para su éxito es no sólo la suma de medidas previamente establecidas, sino también el espíritu que se respira en el ambiente cultural y social. Del mismo modo el «clima psíquico» que rodea al individuo puede ser provechoso o perjudicial. La limpieza y el orden son elementos educadores *per se*, como son formativas las Bellas Artes. Lo contrario sucede con una vida en común desordenada, así como con la vulgaridad y la cursilería. Libros, cuadros, prensa, radio, cine, teatro y música, enfocados desde este ángulo, cobran un valor especial. Al clima psicológico pertenece también el espíritu de la época que hoy día no lleva ya el cuño religioso como en la Edad Media y gran parte de la Moderna, sino el de la ciencia, principalmente el de las ciencias naturales y el de su derivada, la técnica materializadora, así como el de la civilización enervante y antinatural, el de las ideas e ideologías políticas, sin olvidar las desmoralizadoras consecuencias de dos guerras mundiales de carácter catastrófico; la ambición desmedida por una parte y el ansia de los placeres, por otra.⁵⁷⁸

Criticando el advenimiento de las nuevas formas de pensar el mundo características del siglo pasado, el mismo REMPLEIN apuntaba a mediados de siglo lo siguiente:

“Finalmente, citemos el espíritu de la época: como postura espiritual de la mayoría de los individuos de la generación adulta, ejerce igualmente gran influencia sobre el desarrollo psíquico y la formación del espíritu individual, influencia que afecta sólo en una mínima parte a la conciencia, y en su mayor parte, al inconsciente. La psicología y patología del espíritu de nuestro tiempo se ha descrito y analizado muchas veces, de forma que aquí bastan unas breves indicaciones a modo de orientación. Destacan en primer plano el desmoronamiento de la cultura debido a la tecnificación, la pérdida de normas fijas metafísicamente arraigadas, la pura referencia a este mundo, el materialismo, el hedonismo, la radical extraversión por el tosco abandono de lo espiritual (pérdida de la «intimidad» y de la «medida»), la lucha exclusiva por aumentar el nivel de vida, la progresiva masificación y la falta de auténtica comunidad. Puesto que todos los bienes materiales, sin su unión a valores espirituales trascendentes, dejan insatisfecho al hombre en su ser espiritual, y puesto que, además, y pese a todas las adquisiciones técnicas, se encuentra continuamente amenazada su existencia económica y biológica, la vivencia de inseguridad y de angustia constituye un fenómeno fundamental de lo presente. De esta vivencia nace el afán

⁵⁷⁸ REMPLEIN, Heinz. **Tratado de psicología evolutiva. El niño, el joven, el adolescente.** Ed. Labor, Barcelona, España, 1980, pp. 614-615.

de seguridad, el cual, a su vez, despierta una enfermiza actividad y un trabajo sin descanso. La enorme aceleración del tempo de vida y el aumento de los estímulos de los sentidos lleva a la excitación psíquica y al nerviosismo, por no hablar de las innumerables enfermedades de la civilización que se presentan a consecuencia de una forma de vida poco natural. Para compensar la unilateral exigencia de trabajo y la excesiva sobrecarga nerviosa, al mismo tiempo que para llenar el vacío interior, busca el hombre distracciones y diversiones de todo tipo: en el cine, que le evoca un mundo de deseos más allá de la realidad; en la radio, que lo ensordece continuamente con estímulos acústicos; en la televisión, que le proporciona impresiones ópticas sobreexcitantes; en viajes, que le procuran todo menos paz, reflexión, acercamiento a la Naturaleza y esparcimiento. El hombre de hoy, más pobre en intimidad y facultad de vivencia, está sediento de estímulos y de experiencias: porque le falta intensidad y profundidad de sentimiento, necesita continuamente nuevos objetos para no darse cuenta de su vacío interior. El individuo sometido a los estímulos que le proporcionan la propaganda y las diversiones es, además, bastante pobre en ideas y fantasías. Por eso sigue a las masas yendo al cine, a la cervecería, a las excursiones, a la playa, etc. Si con ello se masifican las vivencias, lo mismo ocurre en las grandes fábricas con el trabajo, y, gracias a los medios modernos de la propaganda, con el pensar y la concepción de la vida. Pero las auténticas comunidades de antaño sucumben a un proceso de disociación en el grado en que progresa la masificación. Esto afecta especialmente a la familia, cuya integridad queda amenazada no sólo por la falta de tiempo y por el exceso de trabajo del hombre, así como por el trabajo profesional de la mujer, sino también, y mucho más, por el derrumbamiento de las normas, sentidas en otro tiempo como divinas; por la falta de moral en el terreno sexual y por la pérdida de la auténtica facultad de amor y de entrega. Empujados por una insaciable sed de estímulos, muchos satisfacen su instinto desenfrenadamente sin orden ni concierto, sin responsabilidad y sin tener en cuenta el vínculo personal que los une a su cónyuge. La vida sexual, que está en los animales fijamente regulada por los instintos naturales, y que en el hombre se encuentra sometida, gracias a normas sociales y morales, a limitaciones que hay que mantener por libre decisión, a la vez que se ennoblece por el eros y el amor, se encuentra hoy día despojada de todos estos lazos, y ha caído para muchos en un nivel primitivo. La vida sexual se ha convertido en un sector desligado de la personalidad total, sin erotismo ni amor, sirviendo sólo para la adquisición animal de placer. Por añadidura, «la fuerza de atracción» de la sexualidad se utiliza en forma tan desvergonzada como refinada para los fines de la economía, de la propaganda y del consumo, debido a la cual, por una parte, se aumenta la sed de estímulos de los consumidores, a consecuencia de la continua exhibición de lo sexual, y por otra, se masifican las ideas sexuales de los individuos gracias a estímulos tipificados (por ejemplo, las proporciones de las reinas de la belleza y las facciones de las estrellas del cine).

“Es evidente que el desmoronamiento de normas fijas perjudica más a las personas que se encuentran todavía en desarrollo, que a los adultos. Estos tienen

un cierto apoyo en la costumbre: muchos viven sin ideales conscientes, pero sí unidos inconscientemente a las costumbres y normas que se les inculcó en su niñez y juventud. En cambio, los jóvenes sin normas ni ideales se encuentran expuestos a todas las influencias desmoralizadoras, ya que carecen todavía de firmeza interior. La casa paterna lo facilita en muchos aspectos: en parte, por falta de tiempo; en parte, por incapacidad para una educación conveniente; en parte, a causa de la propia inmoralidad. La asistencia a los centros de enseñanza no es suficiente, porque en ellos sólo permanece el joven durante algunas horas del día, y, por desgracia, ocupados totalmente en inculcar un gigantesco número de materias, no tienen tiempo para la educación en el sentido de una formación de los sentimientos. El Estado fracasa en esta tarea porque, por miedo a caer en medidas coercitivas de tipo totalitario, no tiene la fuerza suficiente para mantener alejadas de la juventud las influencias nocivas. Así, una gran parte de la juventud actual se desarrolla sin orientación espiritual: sólo determinada por consideraciones de utilidad y por su inclinación a la buena vida. Los jóvenes corrompidos hace tiempo por el afán de lucro y de placeres que esclaviza a los adultos, también quieren ganar en seguida dinero para poder gozar de la vida. Se entregan desenfrenadamente al tabaco, a la bebida, a los comics, al cine, al jazz, a la moda, etc. El luchar por los ideales les parece una tontería; el afán de goces y la sed de experiencias son los móviles que los dominan. Se burlan indulgentemente del que habla de moderación y de autodomínio, de sacrificio y renuncia, considerándolo como anticuado. Puesto que a estos jóvenes, lo mismo que les sucede a aquellas personas que ellos han elegido como ideales entre los adultos, les falta profundidad espiritual y facultad de vivencia para las cosas espirituales, precisan continuamente de nuevos estímulos; si éstos cesan alguna vez, quedan invadidos por un tedio mortal. La causa de esto es, por un lado, el hecho de que la progresiva mecanización de la vida de trabajo proporciona cada vez menos estímulos espirituales y satisfacciones personales, y, por otro, que, con los ideales, se ha perdido también el sentido de la vida. Los jóvenes intentan acallar los sentimientos de angustia e inferioridad que surgen debido a ello en el inconsciente, refugiándose en la banda, en la cual el individuo puede sentirse fuerte gracias a la presencia de los demás. Se apostan en las esquinas de las calles, andan por cines o tabernas, charlan, escandalizan. A veces llegan a provocar incidentes con los transeúntes, a escandalizar en público y a provocar disturbios con la policía, formas de conducta cuya última raíz es la negación del orden, de la ley y de la autoridad."⁵⁷⁹

No es forma alguna nuestra intención adoptar una postura moralista conservadora como la de REMPLEIN, juzgando *per se* el cambio ideológico acaecido en las sociedades en los últimos tiempos, como el responsable del incremento de las actividades antisociales de los jóvenes. No obstante, no puede negarse tampoco que algunos rasgos característicos de nuestro tiempo, como la desintegración familiar, la falta de cohesión social, la pérdida de los valores o la

⁵⁷⁹ IBIDEM, pp. 650-653.

exaltación mediática de la violencia, son factores que inciden negativamente en el ánimo de los menores, dado lo sensible que se muestran durante su etapa de desarrollo psíquico, proclives a dejarse llevar por experiencias que resulten simplemente atractivas cuando no cuentan con un apoyo moral fuerte que les ayude a crear la capacidad de hacer valoraciones racionales.

Sin embargo, es inevitable que las sociedades evolucionen; aspectos considerados tabúes son discutidos hoy abiertamente, actitudes consideradas prohibidas en el pasado, hoy son toleradas y aún plausibles; dado que cada época, cada sociedad y cultura forma ella misma a sus futuros elementos, la existencia de conductas minoriles ilícitas debe entenderse como una problemática social que nos aqueja a todos. El reto de nuestro tiempo no es endurecer las actitudes, tendiendo al conservadurismo, sino por el contrario, reconocer los nuevos aires de mayor apertura intelectual que se viven, y dentro de ellos, formar a los niños en el nuevo ambiente de libertad, con la seguridad de que con la vigilancia adecuada de la ciencia psicológica, su desarrollo social y de su personalidad podrá fortalecerse, alejándolos de la agresividad y de la delincuencia.

En Psicología Evolutiva, se ha reconocido que el desarrollo humano es resultado de la interacción de tres elementos fundamentales: el biológico, el cognitivo y el socioemocional. Estos tres factores, de igual importancia, se mantienen constantes a lo largo de toda la vida, pues para la Psicología Evolutiva, el desarrollo es un proceso que no cesa de un momento a otro, sino que se mantiene durante todo el ciclo vital de la persona. Así, vemos que “hay tres componentes esenciales en la explicación de cómo se produce el desarrollo humano: (a) hasta qué punto está determinado por la biología o por el entorno; (b) se produce de una manera continua o discontinua; y (c) qué importancia tienen las experiencias tempranas y tardías.”⁵⁸⁰

Específicamente, con respecto a la influencia de la herencia o del ambiente, los seres humanos disponemos de un código genético muy abierto a la influencia del entorno; de tal suerte que nuestro repertorio de conductas incluye algunas innatas (reflejos del recién nacido), otras madurativas (andar, uso de las manos), y otras claramente aprendidas de la interacción con el ambiente (normas culturales, aprendizaje instrumental). Respecto a si el desarrollo es continuo (cambios acumulativos graduales) o discontinuo (diferentes etapas con cambios bruscos), existen momentos en los cuales el desarrollo es gradual, cuando implica cambios cuantitativos; pero de igual manera, hay etapas en la vida, principalmente en la

⁵⁸⁰ NAVARRO GUZMÁN, José I., “Introducción a la psicología evolutiva”. En RUIZ RODRÍGUEZ, Ramón y NAVARRO GUZMÁN, José Ignacio (coords.). **Menores. Responsabilidad penal y atención psicosocial**. Tirant lo Blanch, Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología. Valencia, España, 2004, Colección Criminología y Educación Social, Serie Mayor, p. 386.

primera infancia, cuando el desarrollo es discontinuo, pues se producen cambios cualitativos importantes en la mente en muy poco tiempo.⁵⁸¹

Es importante considerar, que el desarrollo no se presenta sólo durante los primeros años de vida. En la formación de la personalidad, no inciden sólo las experiencias tempranas, sino también las experiencias tardías. De no aceptarse esta postura, no sería viable pensar en la posibilidad de incidir en el desarrollo psicológico de un menor o adolescente, para alejarlo de las conductas infractoras. En este sentido, “los psicólogos evolutivos llamados del *ciclo vital*, subrayan que se presta muy poca atención a los cambios evolutivos después de la adolescencia. Ellos aceptan que las experiencias tempranas contribuyen de forma importante al desarrollo, pero no más que las experiencias tardías. El cambio del comportamiento es posible incluso cuando éste ha sido muy persistente a lo largo de la infancia.”⁵⁸²

B. La violencia en el menor: ¿rasgo biológico o factor aprendido?

Es innegable que nuestras sociedades modernas son violentas. El uso de la fuerza para la solución de controversias, o mejor dicho, para la imposición de los intereses de los más fuertes; sigue siendo una característica predominante tanto en los ámbitos internacionales como al interior de las naciones. Ello, curiosamente, no parece estar justificado por el grueso de la población; por lo contrario, la preocupación social generalizada, es que esa violencia por momentos se nos va de las manos, por lo que es necesario su control y refreno, demandándose para ello en el ámbito de las jurisdicciones locales, una intervención efectiva de los cuerpos de seguridad pública y en su caso del derecho penal.

¿Cómo se da la reproducción de esos modelos de comportamiento violentos? Por un lado, es evidente que una sociedad agresiva, forma menores y jóvenes agresivos. Bien se sabe que “la sociedad en general produce en cada época unos determinados héroes, preocupaciones, ideales que modelan sobre todo a los sujetos más jóvenes. Si un niño nace en una sociedad agresiva que tiene como máxima preocupación la fuerza militar, la sofisticación de los aviones de combate, la imposición por las armas de sus intereses, o la división del mundo en buenos y malos, ese niño tiene grandes posibilidades de preocuparse por lo mismo, aunque sea a su propio nivel, fomentando también a su manera, construir un mundo cada vez más violento.”⁵⁸³

⁵⁸¹ Cfr. IBIDEM, p. 387.

⁵⁸² IDEM.

⁵⁸³ ESTEBAN GÓMEZ, Domingo, et. al. “Encrucijada y dificultades de la socialización ante la Ley del Menor”. En SOLA RECHE, Esteban, et. al. (eds.). **Derecho penal y psicología del menor**. Ed.

De ahí, que la intervención de sociólogos y psicólogos en el caso de los menores infractores, tienda muchas veces a la identificación de los elementos del entorno que han promovido las conductas agresivas y antisociales; ello, tratando de clarificar como en la actualidad, en la sociedad global, a los ámbitos tradicionales de socialización y desarrollo, como la familia, la escuela, el grupo de amigos; se han añadido otros elementos que quizá no en la misma medida que los anteriores, pero también inciden en el ánimo y el carácter del menor, como los medios de comunicación, el internet, etc.

En los últimos tiempos, algunas investigaciones han mostrado que las agresiones no premeditadas, es decir, un tipo de violencia calificable como de “espontánea”, podría deberse a anomalías en los circuitos del cerebro que regulan las emociones. Si bien, los datos no son concluyentes, y por supuesto, se trata de un tema que hay que tratar con suma precaución, pues a lo largo de toda la historia de la cultura, desde los mitos hasta los primeros estudios con el rigor de la ciencia, ha estado presente la intención de afirmar la existencia de seres humanos *malos*, por así decirlo, por una cuestión de naturaleza; el estudio puede aportar luz, en la comprensión de la conducta agresiva, en el sentido de entender que “el problema central no es que haya actitudes agresivas, el problema sería no poderlas resolver.”⁵⁸⁴

Según estas teorías, “las personas que cometen agresiones no premeditadas, podrían tener atrofiada la capacidad para sentir miedo ante las consecuencias de sus acciones, o bien de sentir empatía por el sufrimiento ajeno. No obstante, los resultados provisionalmente obtenidos, todavía no esclarecen suficientemente si todas las personas con anomalías en el circuito de las emociones cometen agresiones, y si todas las agresiones no premeditadas se pueden atribuir a anomalías del control de las emociones.”⁵⁸⁵

Debra NIEHOFF, experta en neurobiología, se avoca a su vez a buscar el origen de la violencia en el cerebro. Según comenta en su interesante estudio, la violencia, que está asociada a la mayoría de los crímenes, cuando menos los de mayor gravedad, no se resolverá con mano dura. No son necesarias más prisiones ni castigos más severos, sino cambiar la manera de pensar, en el sentido de entender que el comportamiento es un proceso dinámico que integra fisiología y experiencia.⁵⁸⁶

Comares. Centro de Estudios Criminológicos, Universidad de la La Laguna, Granada, España, 2007, Biblioteca Comares de Ciencia Jurídica, p. 312.

⁵⁸⁴ IBIDEM, p. 326.

⁵⁸⁵ IDEM.

⁵⁸⁶ Cfr. NIEHOFF, Debra. **Biología de la violencia**. Ariel, Centro Reina Sofía para el Estudio de la violencia, España, 2000, Serie Estudios sobre violencia, no. 5, pp. 428 y ss.

La violencia, apunta NIEHOFF, desde una perspectiva biológica, se redefine “como un proceso de desarrollo y no como un defecto del carácter o un resultado de condiciones económicas, mapifiando así la repercusión del entorno en el sistema nervioso, así como la influencia del sistema nervioso en la respuesta que un individuo da al entorno en el que vive.”⁵⁸⁷

En este contexto, la agresividad se asume como un rasgo biológico, un seguro natural que se desata en situaciones de emergencia o riesgo; la clave para evitar que derive en violencia destructiva, se encuentra más en la búsqueda del autocontrol, que en un poco realista reino de paz donde la violencia pueda ser totalmente erradicada. Este autocontrol, está estrechamente ligado a los procesos que ocurren en el sistema nervioso; en los cuales, no sólo inciden los factores fisiológicos, sino también, y en buena medida, los estímulos del entorno. Así las cosas, la violencia vendría a ser una respuesta a un ambiente hostil, y para que ésta pueda sujetarse a un autocontrol, es necesario que la persona no se sienta agredida constantemente, para que pueda definir internamente, cuando realmente se encuentra en una situación de riesgo extremo a la cual es necesario responder agresivamente, y no lo haga cada vez que se muestre incapaz de enfrentarse al entorno.

Según NIEHOFF, si queremos evitar las agresiones que se vuelven inaceptables, es necesario “proteger al sistema nervioso de las lesiones, de los niveles desestabilizadores de estrés, de las drogas, del aislamiento y de las represalias. Tenemos que esforzarnos por crear un entorno seguro donde las personas no estén necesariamente en guardia, un entorno lo bastante flexible para acomodar cierta capacidad de asumir riesgos, lo bastante estructurado para evitar la confusión.”⁵⁸⁸

A nuestro punto de vista, la riqueza de esta postura, radica en asumir que la violencia es un asunto biológico, propio al ser humano; pero a su vez es una respuesta generada por el entorno, es consecuencia de un ambiente donde impera la agresividad y la violencia misma. Por lo tanto, aislar a quienes han actuado violentamente, a través de la calificación como enfermos, peligrosos, o como *enemigos* (en la terminología penal jakobsiana), sometiéndolos al aislamiento o marginación en prisiones; no es sino una postura cómoda para la que propia sociedad niegue la responsabilidad que tiene en el círculo vicioso de reproducción de las conductas violentas.

Lo anterior, no implica de forma alguna que deba tolerarse la agresividad. La sociedad busca evitar las reacciones violentas de parte de sus miembros, por lo que se exige una intervención en relación con quienes exceden los parámetros de aceptabilidad de la agresividad, por la influencia de cuestiones fisiológicas, del

⁵⁸⁷ IDEM.

⁵⁸⁸ IBIDEM, p. 431.

entorno o de ambos factores. La pregunta es entonces, ¿cuáles deben ser los términos y los límites de esa intervención? La mano dura y el internamiento por períodos cada vez más prolongados de tiempo no son el camino adecuado.

El punto de vista de la biología, reconoce la necesidad de cambiar, para cambiar un comportamiento violento, tanto los factores internos del sujeto como los externos del entorno que lo generan, pues como se descubre, la agresividad es un proceso complejo en el que ambas esferas cobran igual importancia.

NIEHOFF, habla de que en lugar de la *rehabilitación*, que ha puesto la atención sólo en el sujeto, se requiere un proceso de *reconstrucción*: “el comportamiento violento está abierto al cambio, pero sólo cuando hayan cambiado también *tanto* las condiciones externas *como* las internas (...) para romper el círculo vicioso entre las señales medioambientales, la percepción negativa y el comportamiento desadaptativo, el cerebro tiene que desarrollar una actitud diferente hacia el mundo externo y el mundo mismo tiene que ser diferente. El hecho de cambiar sólo un miembro de la ecuación permite que el otro continúe empujando el comportamiento en la dirección equivocada. La reconstrucción –o, lo que es lo mismo, el cambio de ambos miembros- establece un nuevo equilibrio.”⁵⁸⁹

Hay que incidir, entonces tanto en el sujeto como en su ambiente, pues la conducta violenta, es consecuencia de elementos de uno y de otro.

Respecto al sujeto, NIEHOFF brinda opciones, como la terapia psicológica a través una *terapia cognitivo-conductual*. Con esta, se “enseña a los pacientes el modo de reconocer su comportamiento violento en lo que es –una reacción automática e inapropiada frente a alegaciones de la existencia de un peligro carente de confirmación- y de este modo desarrollen un enfoque más objetivo”.⁵⁹⁰ Es decir, que entiendan y comprendan por sí mismos *por qué* actúan violentamente, y como evitarlo.

Para el caso de que las razones y la terapia no funcionen por completo, NIEHOFF recomienda que se respalden con el uso selectivo y responsable de medicamentos, es decir, la farmacoterapia. Al margen de los juicios negativos, o cuando menos la desconfianza que suele acompañar a estas terapias, NIEHOFF afirma que: “la medicación no puede “curar” la violencia más de lo que puede curar una dolencia cardíaca, la artritis o la migraña. Pero limita los estallidos, mitiga el dolor, evita las recaídas y salva vidas. Utilizada con cuidado, después de una adecuada evaluación cognitiva y otras técnicas psicoterapéuticas que enseñan habilidades sociales y a enfrentarse con el problema, la medicación no controla a los pacientes sino que los libera del comportamiento.”⁵⁹¹

⁵⁸⁹ IBIDEM, p. 434.

⁵⁹⁰ IBIDEM, p. 436.

⁵⁹¹ IBIDEM, p. 439.

Junto con lo anterior, es indispensable actuar en el entorno, atacando las amenazas que detonan los comportamientos agresivos. Insiste NIEHOFF en la esterilidad de cualquier intervención, cuando no se enfoca en la atención de ambos aspectos: “ni la terapia ni la farmacología pueden mantener un comportamiento socialmente aceptable bajo la presión de un entorno que continúa exigiendo la agresión. Los entornos peligrosos y abusivos pueden reiniciar la escalada de intercambios que condujo en primer lugar a la violencia. Los entornos caóticos perpetúan la confusión. Los entornos estériles invitan a que se experimente con distracciones inapropiadas; los entornos fragmentados y desolados consumen los vínculos que dan a las reglas su significado.”⁵⁹²

¿Es necesario cambiar entonces al mundo, eliminar todos los entornos agresivos, peligrosos, estériles, y demás que menciona esta autora, para que sea posible realmente ver, sin engañarnos, una reducción en los comportamientos violentos? Según NIEHOFF, no es necesario tanto. “No es preciso resolver todos los males de la sociedad para obtener un efecto significativo sobre la violencia. El comportamiento violento responde mejor a programas destinados a llevar a cabo tres cosas: preservar la seguridad, añadir estructura y fomentar la vinculación con los demás.”⁵⁹³

Según vemos, un mejoramiento en el nivel de vida de las personas, no sólo en lo material, sino en cuanto a afectividad, opciones y perspectivas de vida, puede ser una mejor opción para combatir la violencia, que más prisiones y condenas más severas. Concluimos, siguiendo a NIEHOFF, que no se trata sino de una cuestión de destino de recursos. Una mejora en el entorno social, a la larga, resulta mucho más económica, y útil, que los gastos excesivos en prisiones, que siempre acaban costando una fortuna.

Así, “la intervención biológica significa también una intervención en el entorno social. Los programas de intervención cuidadosamente definidos en sus finalidades y bien diseñados no tienen por qué agotar los presupuestos del gobierno, no tienen por qué costar miles de millones de dólares, ni hacer del trabajo social una industria en expansión, ni dedicarse a pasear a la gente gratis ni darles un almuerzo de beneficencia. Estos programas exigen básicamente que renunciemos a la idea de venganza. Depende de nosotros. Podemos cambiar el entorno o podemos dejar que nos arruine.”⁵⁹⁴

⁵⁹² IBIDEM, p. 440.

⁵⁹³ IBIDEM, p. 441.

⁵⁹⁴ IDEM.

V.- INTERVENCIÓN PSICOLÓGICA. MÉTODOS Y MEDIOS EN EL CONTEXTO ESPAÑOL

La vigilancia y atención psicológica de los menores ha de realizarse, principalmente, en dos momentos prioritarios. En primer lugar, durante la prevención, cuando el seguimiento del desarrollo infantil en la escuela y en otras instituciones, permita identificar rasgos agresivos o antisociales que puedan atenderse a tiempo, debiéndose extender esta protección a la gran cantidad de infantes que por marginación o pobreza, no pueden concurrir a los centros de socialización tradicionales.

En segundo lugar, cuando el menor ya ha delinquido, la intervención psicológica reviste una importancia fundamental para identificar cuales han sido las fallas en su desarrollo, y como puede contribuirse para fomentar la formación de las nociones éticas que se exigen para comportarse sin faltar a la ley. Es importante considerar en este punto, que la acción psicológica debe complementar el criterio meramente biológico utilizado para la determinación del grado de madurez y aptitudes del menor.

Así, “antes de decidir cualquier intervención con delincuentes juveniles, se debería tener en cuenta que la edad de los posibles clientes no debe determinarse sólo por los criterios de la ley, sino por el criterio de la realidad. Una persona no deja de ser juvenil a los 16 años, ni a los 17 y menos a los 15, sino que debe considerarse juvenil, a efectos de rehabilitación educativa, hasta que psicológicamente no sea un adulto. Aproximadamente hasta los 22 o 23 años, con posibilidad de alargar el tratamiento algunos años más, si es necesario.”⁵⁹⁵

En ambos casos, la evaluación psicológica es un mecanismo ineludible para conocer el estado de desarrollo y la personalidad del menor. Pero, ¿en qué consiste esta evaluación psicológica? Cómo se ahondará a continuación, se trata de un procedimiento especializado, se ha definido como “una disciplina que se ocupa de la exploración, medida y análisis del comportamiento de un sujeto humano, con distintos objetivos y a través de un proceso de toma de decisiones.”⁵⁹⁶

Como disciplina derivada, en la evaluación han de tener efecto los modelos teóricos fundamentales de la psicología que se han comentado previamente. Cada uno de ellos, “han destacado distintos aspectos a evaluar y se han posicionado de modo diferente sobre una serie de cuestiones de cierta importancia en la

⁵⁹⁵ SEGURA MORALES, Manuel. **Tratamientos eficaces de Delincuentes juveniles**. Dirección General de Protección Jurídica del menor, Ministerio de Justicia, Madrid, España, 1985, p. 499.

⁵⁹⁶ MUÑOZ SÁNCHEZ. José Manuel. “Evaluación de menores en riesgo”. En RUIZ RODRÍGUEZ, Ramón y NAVARRO GUZMÁN, José Ignacio (coords.). op. cit., pp. 449-450.

evaluación. Básicamente, estas cuestiones están relacionadas con la identificación de cuáles sean los determinantes de la conducta y, por tanto, qué variables serán objeto de estudio, y también con los métodos básicos y técnicas que serán utilizadas y con qué nivel de inferencia.”⁵⁹⁷

Así, es indudable que el trabajo pedagógico en la materia de menores infractores debe verse enriquecido por la influencia de otros especialistas. Dedicamos este apartado a la labor que en la justicia juvenil deben realizar las ciencias médico biológicas, sobre todo la psicología, para el logro de la readaptación y/o resocialización del menor infractor.

Consideramos que la presencia de psicólogos infantiles capaces resulta de suma trascendencia, aún desde la instrumentación de una adecuada política preventiva, la cual consideramos es la única solución real para la problemática que estudiamos. Sin embargo, cuando la prevención falla, o más aún, ni siquiera existe; y el menor incursiona en actividades delictuales, la importancia de la intervención psicológica aumenta, tanto para cuestiones de orden estrictamente jurídico dentro del procedimiento y el tratamiento aplicable a menores, como para las consecuencias que la actividad ilícita genera en la vida cotidiana del menor.

El estudio psicológico del menor infractor, y la orientación que en este ámbito pueda dársele, son puntos que resultan torales para la determinación del *qué* y *cómo* hacer en su caso específico, con miras a su reintegración a la vida dentro del orden social, y por ende, del derecho.

En el ámbito de la legislación española, dentro de la intervención psicológica destaca la figura del equipo técnico. Veamos algunas de sus características, según el interesante ensayo de Antonia TEJEDOR ORDAX, Psicóloga del Juzgado de Menores de Salamanca, desarrollando principalmente los siguientes puntos:⁵⁹⁸

- 1.- *El equipo técnico.*
- 2.- *El objeto de estudio: el menor*
- 3.- *Áreas de estudio*
- 4.- *Metodología de elaboración de informes*
- 5.- *Técnicas aplicables*
- 6.- *El tratamiento judicial: las medidas*
- 7.- *La reparación extrajudicial*

- 1.- *El equipo técnico.*

⁵⁹⁷ IBIDEM, p. 450.

⁵⁹⁸ Cfr. TEJEDOR ORDAX, Antonia. “La intervención psicológica en el ámbito de la justicia juvenil”. En **Anuario de Justicia de Menores**, Ed. Astigi, España, 2001, No. I, pp. 227-265.

Según comenta TEJEDOR ORDAX, la necesidad de estudios técnicos sobre los menores viene recogida desde tiempo atrás. El artículo 73 de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores (L.T.T.M.) del 48 establece que: “El Presidente podrá disponer, si lo estima conveniente, que se proceda al examen y reconocimiento del menor por los *técnicos especialistas* que el mismo designe, que emitirán informe acerca de su constitución psicofísica y de la probable influencia de ésta en el desarrollo del entendimiento y grado de voluntariedad consciente de sus actos, en directa relación con la naturaleza del hecho que se atribuya al menor”.

La Ley Orgánica del Poder Judicial (L.O.P.J.) del 85 contempla, en el artículo 508, la posibilidad de “prestar servicio en la Administración de Justicia los *profesionales y expertos* que sean permanente u ocasionalmente necesarios para auxiliarla (...) podrán constituir cuerpos Técnicos o Escalas Especializadas (...) y su selección, así como sus derechos, deberes e incompatibilidades específicas, se determinarán reglamentariamente”.⁵⁹⁹

En septiembre de 1988 la Dirección General de Protección Jurídica del Menor (dependiente entonces del Ministerio de Asuntos Sociales) elaboró un documento titulado “*Equipos Técnicos de Apoyo. Juzgados de Menores*”, en el que establecía las directrices básicas en cuanto a principios, concepción, requisitos y funciones de los equipos asesores.

Su justificación giraba en torno a la necesidad que tiene el Juez de conocer “las circunstancias personales, familiares y sociales que concurren y que pueden haber sido determinantes de su comportamiento antisocial y delictivo (...) que le permitan adoptar las medidas adecuadas ajustándolas a la situación de cada menor, con objeto de lograr las mejores garantías para el cumplimiento de la finalidad reintegradora y educativa de la medida”.⁶⁰⁰

El Equipo Técnico se definía como “un conjunto de profesionales de diversas disciplinas que tienen como función realizar un diagnóstico entendido como el procedimiento utilizado para hacer un juicio interpretativo del menor y de su situación, problema, carencia o conflicto y elaborar unas propuestas de medidas a adoptar con él, a la vez que articular un seguimiento, realizando sus actuaciones en coordinación con los recursos sociales existentes, cuando a ello hubiere lugar.”⁶⁰¹

Sus funciones giraban en torno a: A) Coordinación con los recursos comunitarios; B) Análisis de la realidad del menor; C) Elaboración de un informe global al Juez; y D) Seguimiento y evaluación de las medidas dictadas.⁶⁰²

⁵⁹⁹ IBIDEM, p. 228.

⁶⁰⁰ IDEM.

⁶⁰¹ IDEM.

⁶⁰² Se establecían las siguientes funciones:

Refiere TEJEDOR ORDAX, que la Ley Orgánica (L.O.) 4/92 institucionaliza la figura colegiada del Equipo Técnico. No obstante, no define la composición, funciones y funcionamiento, por lo que en la práctica diaria, se realizan fundamentalmente tareas de asesoramiento permanente al emitir informes que tienen carácter de prueba pericial (en atención a los requisitos que les son exigidos de objetividad e imparcialidad). Era de aplicación la definición contemplada en el Convenio Colectivo Laboral anteriormente vigente, el cual expresa que el Psicólogo “desempeña funciones de asesoramiento técnico en los Tribunales, Juzgados, Fiscalías y Órganos Técnicos en materia de su disciplina profesional”.⁶⁰³

En la normativa vigente, se aprecia el escaso tiempo que el legislador dedica a los Equipos Técnicos, aún no regulados y sin situarlos a la altura de la importancia de las funciones que le son atribuidas por la ley.

2.- El objeto de estudio: el menor

De acuerdo con el estudio de la Psicóloga de Salamanca, se pueden establecer tres grandes momentos históricos, con relación a la delincuencia juvenil:⁶⁰⁴

A) La sociedad industrial

La delincuencia juvenil es un producto de la sociedad industrial y de las transformaciones que trajo consigo, básicamente: la progresiva disolución de la familia tradicional extensa, que se ve reducida al binomio padres-hijos. La afluencia de personas del mundo rural al entorno urbano, con las diferentes condiciones que genera de riqueza para unos pocos y miseria para muchos. El

A) Coordinación con los recursos comunitarios, que implica:

- a) Conocimiento de la Red de Servicios Comunitarios y coordinación con los mismos, estableciendo los canales de comunicación adecuados.
- b) Facilitar la unión menor-red de recursos comunitarios.
- c) Impulsar aquellas acciones que propicien la socialización y normalización del menor en su medio.

B) Análisis de la realidad del menor, que supondría:

- a) La recogida de información sobre la situación del menor en las áreas psicológica, familiar, escolar y socio-ambiental y sanitaria, en su caso.
- b) El análisis de la situación del menor, con los datos obtenidos.

C) Elaboración de un informe global al Juez, concretando las medidas o acciones educativas a seguir.

D) Seguimiento y evaluación de:

- a) Las medidas dictadas por el Juez para comprobar su cumplimiento y eficacia en estrecha colaboración con la red de recursos comunitarios.
- b) Información periódica al Juez sobre la evolución del menor.

⁶⁰³ IBIDEM, p. 229.

⁶⁰⁴ IBIDEM, p. 230.

horario de trabajo de ambos padres fuera de casa, con la consiguiente disminución del tiempo de educación y control de la filia.

B) El modelo de bienestar

Después de la Segunda Guerra Mundial, se señala un importante aumento de la delincuencia juvenil. Las causas, menciona TEJEDOR ORDAX, pudieran hacer referencia a:

a) El gran desarrollo demográfico experimentado de los países occidentales en los años 50, llamado también “baby-boom”.

b) Aumento del Estado del bienestar como producto de la industria de consumo, en la que se encuentran cantidad y variedad de objetos que vandalizar.

c) Aumento de las oportunidades delictivas; por una parte, menor vigilancia de los establecimientos (el número de dependientes de las tiendas descende); por otra parte, ciudades cada vez más procuradoras de anonimato.

d) Cambio del papel del Estado, dedicando los gobiernos occidentales cada vez más gasto público a industria, comercio, trabajo, vivienda y bienestar público, lo que a su vez se traduce en la dinamización de la vida social y de la estructura social.

e) Cambio en las pautas de socialización, al debilitarse los controles familiares, sociales e institucionales.⁶⁰⁵

C) La crisis del modelo meritocrático y la desregulación del empleo.

Hasta la segunda mitad de los años 90 en España, comenta TEJEDOR ORDAX, la relación entre formación, obtención de trabajo y acceso a la vida adulta presentaba una relación de estabilidad. No obstante, el fenómeno del paro juvenil y la posterior desregulación del mercado laboral a través de contratos de trabajo eventuales afectaron sobre todo a las clases sociales medias y bajas. Los estudios superiores han perdido credibilidad como vía de mejora social (incremento del fracaso escolar); también se produce el contrasentido de que empleos de menor formación están mejor abonados que otros de mayor cualificación pero sin estabilidad como para permitir la emancipación y un proyecto a largo plazo, por lo que la capacidad adquisitiva de los jóvenes se dirige hacia el consumo y el ocio. Así, el mercado juvenil mueve un volumen importante de negocio, y el consumo se ha convertido en elemento de identidad personal (y de diferencia intergeneracional) dentro del grupo social, siguiendo un estilo de vida en el que se asocia ocio con el consumo (ropa de marca, alcohol, droga), en referencia siempre al presente.⁶⁰⁶

⁶⁰⁵ ÍDEM.

⁶⁰⁶ ÍBIDEM, p. 231.

A ello, agrega la autora, “se une un cambio en el estilo educativo de los padres, siguiéndose la ley del péndulo después de un modelo autoritario, y una relajación en los controles sociales e institucionales.”⁶⁰⁷

La etapa de desarrollo que constituye la adolescencia, que por el rango biológico de edad, es básicamente sobre el cual opera el derecho de menores infractores, es un período, apunta TEJEDOR ORDAX, de características psicológicas peculiares: culmina el desarrollo biológico e intelectual; “se pasa de un pensamiento más inmediato (a corto plazo) y unido a aspectos concretos de la realidad a otro que permite prescindir de tales aspectos más concretos y menos inmediatos. Ello implica mayor capacidad de pensamiento abstracto para formular hipótesis, anticipar hechos, planificar la conducta y prever consecuencias con enunciados exclusivamente verbales, sin necesidad de que se traduzcan en la práctica.”⁶⁰⁸

Se producen además, sigue la especialista, cambios paralelos de gran importancia en la personalidad, dadas las temáticas específicas que se plantean a esta edad, como son: identidad y rol sexual, competencia personal, intereses y aspiraciones de futuro, independencia frente a los adultos, al percibirse con la corpulencia desarrollada y con unos valores sociales y morales propios y diferenciados.⁶⁰⁹

Se trata de una etapa difícil, por diversos factores, entre ellos: el que no se comprendan todas las contradicciones de la vida humana, tanto a escala personal como social; que se vivan los acontecimientos y problemas con mayor carga emocional; la carencia del bagaje de conocimientos y experiencias de los adultos; una percepción del tiempo más inmediata y con menor proyección de futuro.⁶¹⁰

Como consecuencia de esto, continúa la Psicóloga de Salamanca, aumentan las probabilidades de que en la vida adulta se pueda tender hacia soluciones utópicas o salidas en falso. Entre los factores que modulan este tipo de respuesta, se encuentran la edad (a menor edad, menor capacidad de afrontamiento); la estructura básica de la personalidad, los recursos personales y experiencias previas; el desarrollo evolutivo, contemplado no sólo en los aspectos biológicos, sino sobre todo en las actitudes y los valores transmitidos por los progenitores y por el entorno social en el que se relaciona con otros iguales.

Debe tenerse presente que los hechos delictivos aislados pueden ser producto también de la propia etapa de desarrollo en que se encuentran los

⁶⁰⁷ IDEM.

⁶⁰⁸ IDEM.

⁶⁰⁹ IDEM.

⁶¹⁰ IBIDEM, p. 232.

adolescentes, sin que por ello deban llegar a presentar un patrón persistente de conducta disocial o delictiva.⁶¹¹

Es importante resaltar, afirma la especialista, por lo que hace a las teorías que intentan explicar la delincuencia, que en la actualidad, dado el carácter limitado de cada una de ellas para explicar un fenómeno multicausal tan complejo, se aprecia una coexistencia de múltiples enfoques con apertura hacia los factores sociales y ambientales (desarrollo de la psicología social y comunitaria) y a los factores cognitivos, dentro de modelos integradores. En esta tesitura, no sólo interesa entonces el diagnóstico y la explicación de la conducta delincente, sino también la predicción y el tratamiento a través de programas adecuados, los cuales, necesariamente, también han de tener una composición multimodal en sus planteamientos y técnicas utilizadas.⁶¹²

De suerte que, ha adquirido relevancia la identificación de los posibles factores de riesgo en la conducta delincente; pero no necesariamente se establece una relación causal, se habla más bien de factores aditivos; es decir, cuantos más factores se presenten, mayor será la probabilidad de que el sujeto llegue a presentar conducta delictiva, sin que sea fácil determinar el peso específico de cada uno, lo cual dependería de cada caso concreto.

Para TEJEDOR ORDAX, dichos factores se pueden agrupar en dos grandes bloques, según su incidencia en el orden familiar o en el orden social.

A) Variables de mayor incidencia en el orden familiar.⁶¹³

1. Características de los padres. Serán los modelos de referencia y agentes educativos transmisores de valores sociales, éticos, actitudes, expectativas, como valores y estilo de vida delictual; dificultades persistentes: alcoholismo. ludopatía, problemas de salud mental. Los padres suelen anteponer sus necesidades a las de los menores; problemas biográficos, estresantes psicosociales persistentes.

2. Discordia conyugal. Resta tiempo para dedicar a los hijos y altera las relaciones afectivas y comunicativas y la estructura de poder dentro de la familia: conflictos de pareja; malos tratos; hogares rotos con relaciones de discordia: separación, divorcio. Se relacionan con problemática psicológica en los niños a través de una variedad de conductas, resultando la conducta delictiva un síntoma más.

⁶¹¹ ÍDEM.

⁶¹² ÍDEM.

⁶¹³ ÍBIDEM, pp. 236-237.

3. Interacciones padres-hijos. Los padres transmiten afecto, valores, actitudes, disciplina, aspectos que producen un aprendizaje de los hijos y tienden a repetirse generacionalmente: déficit afectivo; escasa comunicación o patrones inadecuados; criterios educativos inexistentes, contradictorios, ambiguos o caprichosos; y criterios normativos laxos, autoritarios, rígidos, cambiantes.

4. Supervisión y control de conductas: ausencia de reglas, contingencias inapropiadas, exigencias impropias; que se remiten a la conducta del menor en el ámbito familiar, escolar y social.

5. Marginación socioeconómica. Los niños de clases socioeconómicas más bajas presentan mayor probabilidad de emitir conducta disocial; también se asocia la clase social con el hacinamiento, el tamaño familiar, los estilos educativos de los padres: escasos recursos económicos; desempleo, economía sumergida; escasos recursos culturales: analfabetos, estudios sin finalizar, sin estudios profesionales; escasos recursos personales: habilidad para tratar crisis, capacidad resolutive, búsqueda de soluciones y apoyos humanos e institucionales; familias numerosas y modelos de los hermanos mayores; precarias condiciones de vivienda.

B) Variables de mayor incidencia en el orden social⁶¹⁴

1. Influencia del entorno: si es rural ofrece menor número y variedad de objetos que vandalizar; por otra parte, ejerce mayor control sobre sus miembros. Si es urbano: ofrece mayor número y variedad de objetos y situaciones, a la vez que más oportunidades de anonimato.

2. Entorno humano marginal: desencadena mayor tasa de desempleo y actividades sumergidas; fomenta modelos de valores y conducta desadaptada; se presentan alcoholismo y toxicomanía con mayor frecuencia.

3. Entorno físico marginal: hay menor dotación de recursos sociales; menor equipamiento de ocio y actividades alternativas; menos zonas verdes y de recreo social; y mayores oportunidades para delinquir, menor vigilancia y sistemas de seguridad.

Ahora bien, TEJEDOR ORDAX menciona también los factores de predicción de la conducta delincuente, cuya mayor presencia sería indicadora de mayor probabilidad de comisión de conducta antisocial en la vida adulta. Entre ellos: a) Edad de Inicio: A un inicio más precoz (antes de los 10 ó 12 años) se asocian mayor frecuencia y gravedad de la conducta ulterior. b) Amplitud de la Alteración: a mayor variedad de tipologías delictivas, mayor variedad de situaciones en las que se producen, y mayor gama de víctimas, se asocia mayor conducta delictiva posterior. c) Frecuencia o tasa de la conducta delictiva, en relación directa. d)

⁶¹⁴ IBIDEM, pp. 237-238.

Gravedad de la conducta en relación directa. e) Determinados tipos de síntomas: mentir, impulsividad, absentismo escolar, fugas, robar, llegar tarde a casa, que se asocian a conducta delictiva posterior. f) Características de los padres: psicopatologías, conducta antisocial, alcoholismo, marginalidad, estilos educativos impropios. g) Dinámica familiar desestructurada: conflictividad conyugal, familia numerosa.⁶¹⁵

3.- Áreas de estudio

Según señala TEJEDOR ORDAX, el menor puede ser explorado en diferentes áreas, cuyos datos se integrarán posteriormente a fin de realizar el informe global sobre la situación, las circunstancias y las características del menor. La especialista menciona las siguientes:

1. La conducta delictiva.- La psicología se define como la ciencia que estudia la conducta y los procesos cognitivos. Así, la conducta delictiva también es susceptible de ser analizada; no obstante, al tratarse de un ámbito penal se han de conjugar las variables propiamente psicológicas con las jurídicas. Entre las más importantes se señalan: “a) La alarma social. Las leyes son un consenso social sobre las conductas no aceptadas y sancionadas en un momento cultural determinado. Viene a ser un termómetro de ese consenso y de la gravedad que le otorga. Este fenómeno puede plantear la necesidad de proteger a la sociedad, internando al menor en un centro, o de proteger al menor de posibles represalias de otros sujetos. b) La gravedad o el daño para la víctima. En el derecho penal adulto se establece un sistema tasado de delitos y sanciones correspondientes. En la jurisdicción de menores, sin sustraerse de la gravedad del delito, se puede elegir entre diferentes medidas, en aplicación del principio de oportunidad o interés del menor. c) Modus operandi: si se cometió mediante fuerza en las cosas o violencia en las personas o intimidación; si se utilizó disfraz, abuso de superioridad, o aprovechando las circunstancias de lugar y tiempo; si se ejecutó mediante precio, recompensa o promesa; si la motivación fue racista u otra clase de discriminación (...) Todas ellas hacen referencia a circunstancias que agravan la responsabilidad criminal. También se tiene en cuenta el tiempo en que se llevó presuntamente a cabo y el lugar, datos que aportarán referencias sobre el control familiar ejercido, el estilo de vida, la movilidad e infraestructura que presente el menor y la progresión delictiva.”⁶¹⁶

2. Valoración del hecho.- Dado que la finalidad de la jurisdicción de menores es responsabilizante y educativa, será necesario plantearse: la actitud ante los hechos del menor; la actitud frente a la víctima; la actitud ante el procedimiento

⁶¹⁵ IBIDEM, p. 238.

⁶¹⁶ IDEM.

judicial y la posible sanción, si se presenta colaboración, voluntariedad o compromiso.⁶¹⁷

3. Valoración del interés del menor.- Desde el área de la Psicología se estudian: la capacidad intelectual, cuando se vea necesario por tener indicios de déficit, se contempla como una atenuante de la responsabilidad criminal; el desarrollo evolutivo general; el desarrollo moral; la dinámica familiar; la estructura de la personalidad, con el grado adaptación, socialización y el estilo cognitivo; y el proyecto de futuro. Desde el área del Trabajo Social, se analizan: la dinámica familiar, la situación económica, la vivienda e infraestructura, los recursos y apoyos familiares, el entorno físico y humano, los recursos y redes sociales. Desde el área de la Educación, se recogen datos en una doble vertiente: en torno a la educación formal (trayectoria escolar, curso académico, absentismo escolar, interés, rendimiento, integración, ayuda y supervisión familiar, expectativas de futuro); y a la educación no formal, constituida por el estilo de vida (actividades, horarios, cumplimiento de responsabilidades), el grupo de iguales, ocio, estilos educativos, normativos y de control de los padres, inculcación de valores e intereses.⁶¹⁸

Al final, indica TEJEDOR ORDAX, la integración de los datos y el estudio por parte del Equipo Técnico permitirán valorar en su conjunto el caso: las características personales, la progresión delictiva y peligrosidad social, las necesidades, los valores positivos y las medidas adecuadas, pudiéndose establecer un Proyecto Educativo Individualizado.⁶¹⁹

4.-Metodología de elaboración de informes

Según apunta la Psicóloga del Juzgado de Menores de Salamanca, se intentará ajustarse al método científico, propio de la Psicología, que se caracteriza por establecer una dinámica continua de formulación y comprobación de hipótesis, las cuales, en el ámbito del Juzgado de Menores, se pueden articular en las siguientes fases sucesivas:

1. Estudio del expediente. A través del conocimiento de los hechos, el tipo y las características de la conducta delictiva, las declaraciones del menor, de los testigos, informes profesionales que contenga, etc. Además se obtendrán datos sobre el estilo de vida, el grado de control familiar, la progresión delictiva, todo lo que contribuirá a establecer las primeras hipótesis y a efectuar la primera selección de técnicas susceptibles de ser aplicadas, en caso de ser necesarias o convenientes.⁶²⁰

⁶¹⁷ IDEM.

⁶¹⁸ IBIDEM, p. 240.

⁶¹⁹ IDEM.

⁶²⁰ IBIDEM, p. 241.

2. Recogida de información, a través de entrevista semiestructurada con el menor, la cual “se centrará en su situación pasada, presente y proyecto de futuro. Se analizarán la percepción, vivencia y reacción ante los hechos y ante el procedimiento judicial. Se observarán y registrarán las pautas de conducta, el pensamiento, lenguaje, atención, memoria, estado afectivo, etc. Se formularán y confirmarán hipótesis, así como se precisarán las pruebas susceptibles de ser aplicadas, en su caso”.⁶²¹ Por medio de una entrevista conjunta semiestructurada padres-hijos, de la cual “se obtendrán datos sobre el desarrollo evolutivo, socializador, la dinámica familiar (afecto, comunicación, estructura de poder, diferenciación entre los miembros, capacidad resolutive, apoyos extrafamiliares), pautas educativas, normativas y de control, proyecto de futuro para el hijo y percepción, vivencia y reacción ante el presunto hecho y el procedimiento judicial”.⁶²² Así como por medio de la observación de pautas conductuales y relacionales entre los miembros familiares, con la aplicación de las pruebas que sean seleccionadas, sobre la base de criterios de objetividad, fiabilidad, validez y especificidad, para apreciar las variables que inciden en la ejecución y la actitud del sujeto ante la misma. Todo lo anterior, nutrido con una comunicación con otros profesionales para una mayor recogida de datos y contrastación de los mismos.⁶²³

3. Integración de los datos obtenidos por todos los miembros del Equipo Técnico.

4. Elaboración del informe, sobre la base, señala TEJEDOR ORDAX, de que se trata de un documento científico, por lo que se especificarán la metodología, técnicas y resultados. Además de ello, al tratarse de un documento público, debe al emitirse hay que valorar su repercusión y tener cuidado con no sobrediagnosticar o etiquetar; ya que refleja aspectos privados de las personas objeto de estudio, quienes además son titulares de unos derechos establecidos en la ley. Para finalizar, contendrá una nota que establecerá su carácter confidencial y uso exclusivo para el ámbito judicial al que se destina, así como el momento concreto de realización, por lo que las conclusiones expresadas no podrán generalizarse a otros momentos ni contextos distintos.⁶²⁴

5. Asistencia a sala, en la cual se dará respuesta a las preguntas formuladas por el Juez, Fiscal, Abogados, o bien, en atención a la premura del tiempo o de las circunstancias, se explorará al sujeto emitiendo el informe de forma oral.⁶²⁵

⁶²¹ IDEM.

⁶²² IDEM.

⁶²³ IBIDEM, p. 242.

⁶²⁴ IDEM.

⁶²⁵ IBIDEM, p. 243.

6. Seguimiento, el cual tiene la finalidad de conocer la evolución del menor, así como el grado de cumplimiento de los objetivos expuestos en el P.E.I. o la finalidad inherente a la medida. La metodología aplicable será la misma: formulación y contraste de los datos recogidos.⁶²⁶

5.- Técnicas aplicables

En la selección y aplicación de las técnicas, así como en la valoración de los resultados, la experta considera que deben atenderse las características del entorno judicial, entre otras que es aversivo, pues los menores se saben acusados y probablemente sancionados; conlleva una crisis personal, familiar y/o social, ya que se trata de personas, en muchas ocasiones, adaptadas a la sociedad y con adecuada interiorización de las normas para quienes la entrada en el sistema penal supone un punto de inflexión en esa trayectoria, con la consecuente pérdida de la confianza de los padres en los hijos y el posible etiquetamiento social; y origina incertidumbre, como corolario de los dos aspectos anteriores, por falta de conocimiento sobre el procedimiento judicial, sobre la posible sanción y sobre las consecuencias futuras.⁶²⁷

Como criterios orientativos en la selección de las técnicas, TEJEDOR ORDAX enumera los siguientes: necesidad, economía, especificidad y pericia^{628 629}.

Entre las técnicas sugeridas por TEJEDOR ORDAX destacan:

1. Estudio documental. “El estudio del Expediente sobre el menor supone el primer acercamiento al caso. En los archivos del Equipo Técnico se conoce si es la primera vez que resulta imputado o si ya hay documentación de exploraciones y seguimientos anteriores, en caso de reincidencia. A partir de los datos en él reflejados se plantearán las primeras hipótesis, así como la necesidad de aplicar pruebas determinadas.”⁶³⁰ Por otra parte, con ella se tiene oportunidad de realizar consultas bibliográficas sobre problemáticas específicas que se puedan plantear.

⁶²⁶ IDEM.

⁶²⁷ IDEM.

⁶²⁸ 1. Necesidad; solo se aplicarán las necesarias en atención al objeto de estudio.

2. Economía; se tenderá hacia exploraciones que no se dilaten en el tiempo (salvo casos de gran complejidad o en atención a la gravedad del delito), dados la valencia negativa para el sujeto, el volumen de trabajo que soportan los Juzgados de Menores y los efectos negativos derivados de un sistema de justicia lento.

3. Especificidad; las técnicas que exploran aspectos generales aportan escasos datos específicos, mientras que las que exploran otros más concretos pueden tener la desventaja de que el objeto de estudio es fácilmente identificable y, por tanto, manipulable.

4. Pericia; la práctica repetida en una técnica determinada reporta mayor habilidad para saber extraer todo lo que puede proporcionar.

⁶²⁹ IBIDEM, p. 244.

⁶³⁰ IDEM.

2. Entrevista. "Se constituye en instrumento básico y fundamental, tanto en la exploración de los diferentes miembros de la familia como en la intervención mediadora que se pueda realizar en los casos de conciliación y reparación con relación a la víctima, sin olvidar las orientaciones y derivaciones hacia otros profesionales. En cuanto al tipo de preguntas, la tipología más utilizada es la semiestructurada (frente a la abierta o la de ítems cerrados), dado que permite abarcar un amplio número de variables, seguir un hilo conductor en la elaboración de datos y dar cabida a verbalizaciones que el sujeto entiende significativas; se alternan, pues, momentos directivos con momentos no directivos. El cuestionario se elaborará en función del objeto de la pericia y teniendo en cuenta los datos contenidos en el expediente judicial."⁶³¹

En cuanto al número de participantes en la entrevista, existen diferentes modos: individual, del menor, de cada uno de los padres; dual, ambos padres o combinaciones de progenitor-hijo; grupal: padres e hijo conjuntamente. Para la elección del modo, TEJEDOR ORDAX considera necesario tener en cuenta lo siguiente: "a) el caso: la complejidad del mismo y gravedad; ej.: en los delitos contra la libertad sexual, la presencia de los progenitores puede tener efecto inhibitorio en las respuestas del menor. b) la existencia de problemas conyugales: alcoholismo, malos tratos, salud mental, separación o divorcio judicial, pueden aconsejar que los padres sean consultados en momento diferente al chico o que éste abandone la dependencia momentáneamente. c) La existencia de problemas paternofiliares, como ej.: animadversión, enfrentamientos, agresividad, luchas de poder adultos-menor, puesto que los datos obtenidos probablemente estarían sesgados."⁶³²

Por lo que hace a las fases de la entrevista, TEJEDOR ORDAX recomienda realizar la recogida de datos en una sola sesión, siempre que sea posible, a fin de que el procedimiento ocasione las menores molestias posibles en su vida cotidiana; y evitar el efecto negativo de las exploraciones prolongadas en el sujeto y en el procedimiento judicial.⁶³³ A tal fin, como pasos generales, la Psicóloga refiere los siguientes: a) Citación. b) Bienvenida. c) Creación de "*rapport*". Teniendo en cuenta las características del entorno judicial, con el consecuente efecto sobre los sujetos, es muy recomendable iniciar la entrevista informándole de sus derechos: a ser informado sobre el procedimiento judicial y la finalidad de la pericia, a la presunción de inocencia, a la defensa, y, sobre todo, explicarle que no le quedarán antecedentes penales de cara al futuro. Este último aspecto suele tener un efecto, en gran parte, liberador de ansiedad y disminución de la incertidumbre sobre las consecuencias en el tiempo. d) Recogida de información propiamente dicha. Se intentará que se desarrolle dentro de un encuadre no amenazante. Como herramientas utilizables estarían: realizar las primeras

⁶³¹ ÍDEM.

⁶³² ÍBIDEM, p. 245.

⁶³³ ÍDEM.

preguntas de la entrevista sobre aspectos neutros: datos demográficos, vivienda, entorno, a fin de dar confianza a los sujetos. Plantear el tema del delito al final de la entrevista, por su valencia ansiógena; generalmente, es donde se presenta mayor nerviosismo e inseguridad. Formular las preguntas de forma abierta (háblame, comentabas, repetir la última frase), procurando evitar las directas (cuándo, cómo, por qué, con quién) o dejándolas para el final. e) Observación de actitudes y de pautas de relación y de comunicación en entrevistas duales y grupales. f) Cierre de la entrevista. Se les informa sobre la continuación del procedimiento (asistencia a sala), sobre las posibles medidas aplicables (dentro de una banda ancha), su contenido y finalidad. No está de sobra repetir al menor que no le quedarán antecedentes penales. Finalmente, se agradece la asistencia y la colaboración prestada. g) Formulación de nuevas hipótesis y estrategias, dada la información recabada.⁶³⁴

3. La observación. Aquí, TEJEDOR ORDAX señala 2 vertientes: “a) Observación de actitudes (forma de sentarse, lugar que ocupa, tipo de respuestas -lacónicas, socialmente aceptables, verborreicas, evasivas, movimientos); b) de pautas de relación y de comunicación en entrevistas duales y grupales. Se intentarán apreciar las relaciones afectivas, comunicativas, y la estructura de poder mediante el lenguaje verbal, gestual, contacto visual, acercamiento físico, tipo de interacciones, disponibilidad en las interacciones, etcétera.”⁶³⁵

4. Contacto con otros profesionales. Al respecto, la especialista argumenta que dependiendo del número de colaboraciones anteriores, será factible dirigirse a ellos de forma más directa y espontánea o, por el contrario, planificar de antemano la colaboración.⁶³⁶

Es éste un recurso importante que presenta grandes ventajas, ya que se trata de profesionales o expertos en menores; sin interés directo en el pleito, quedando salvaguardada la objetividad e imparcialidad; y que “están en contacto directo con los menores, con lo que los datos aportados son fruto de un análisis longitudinal sobre el desarrollo evolutivo de los mismos. En los Juzgados de Menores, la premura de tiempo, que afecta a todos los profesionales, impone una recogida de datos más limitada en el tiempo.”⁶³⁷

De esta forma, se dispone del necesario elemento de referencia externo, que ayuda a entender al menor de forma global y en interacción con su contexto.

5. Los cuestionarios psicométricos. Según TEJEDOR ORDAX, “Se conceptúan como una medida objetiva y tipificada de conducta. Se pueden dividir en dos

⁶³⁴ IDEM.

⁶³⁵ IBIDEM, p. 246.

⁶³⁶ IBIDEM, p. 247.

⁶³⁷ IDEM.

clases: los “generales”, o aplicables a una gran variedad de temas, y los “específicos”, dirigidos a aspectos concretos.”⁶³⁸

Entre ellos, evaluación de la capacidad intelectual; evaluación de la personalidad; cuestionarios de Adaptación y Socialización; y cuestionarios específicos sobre conducta delictiva.⁶³⁹

6. Estudio del entorno, consistentes en visitas domiciliaria, reconocimiento de recursos; etc.

6.- El tratamiento judicial: las medidas

De acuerdo con TEJEDOR ORDAX, el informe emitido por el Equipo Técnico no sólo contendrá la descripción del menor en las diferentes áreas de estudio, sino que concluirá con la medida adecuada al caso y, en su caso, con las orientaciones oportunas.⁶⁴⁰

La normativa española e internacional vigente señala que los veredictos se dictan sobre sujetos que están en un estado de desarrollo físico, psíquico e intelectual particularmente importante en la formación de su personalidad (sobre todo, en el tramo de 14 a 16 años), por lo que deben formar parte del proceso social general de formación. Se deben aplicar medidas educativas orientadas a ayudar a los jóvenes a afrontar su realidad.⁶⁴¹

Las medidas, dice la especialista, “se pueden definir como un conjunto de respuestas educativas que aúnan criterios jurídico-científicos que se pueden imponer judicialmente por la comisión de un delito o falta tipificado y sancionado, con la finalidad de responsabilizarle de sus actos, dotándole de los recursos necesarios.” Así, “la intervención educativa que se realiza desde el Juzgado de Menores se rige por un principio fundamental: el interés del Menor, concepto en el que confluyen dos tendencias: a) Una aproximación judicial, cuyo objetivo es el interés del menor. Se engloba dentro del modelo de justicia juvenil de la responsabilización de los propios actos, al enfrentársele con las consecuencias de los mismos y hacérsele, por tanto, protagonista de su propia historia. b) Una finalidad educativa, en la que se tienen en cuenta las características personales, familiares, formativas y sociales del sujeto a fin de dotarle de los recursos necesarios para su adecuada integración social.”⁶⁴²

⁶³⁸ IDEM.

⁶³⁹ IDEM.

⁶⁴⁰ IDEM.

⁶⁴¹ IDEM.

⁶⁴² IBIDEM, p. 248.

No debe olvidarse, sigue la Psicóloga, que la Justicia, ni tan siquiera la Justicia de Menores, puede tener por objeto educar; lo que sí debe tener en cuenta es que se dirige a sujetos que están inmersos en un proceso especialmente significativo por su edad, su maduración y su evolución.

Para entender el término educación, remite a lo establecido en el artículo 26 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, según el cual, “la educación tiene que apuntar al pleno desarrollo de la personalidad humana y a un refuerzo del respeto por los derechos del hombre y por las libertades fundamentales”.

Por ende, para que las medidas sean educativas, han de concurrir en ellas los siguientes aspectos: “Que sean responsabilizantes, es decir, capaces de inducirles a sentirse responsables de sus actos ante sí y ante la comunidad. Que no sean perturbadoras de su proceso evolutivo. Que sean compensadoras, capaces de contribuir a cubrir las carencias y necesidades acumuladas a lo largo de su desarrollo evolutivo. Que posibiliten la adquisición de nuevos aprendizajes y relaciones que favorezcan su posterior desarrollo personal y social, una vez finalizada la medida en sí.”⁶⁴³

El valor educativo que pretende toda medida se centra en el concepto de “Responsabilización”, que TEJEDOR ORDAX desglosa en los siguientes apartados: “Que contribuya a elaborar la autoría sobre los hechos, al ser una toma de conciencia del daño causado, mediante la reflexión. Que establezca un vínculo entre la conducta delictiva ejecutada por el sujeto y la respuesta judicial correspondiente, es decir, entre la conducta individual y las consecuencias sociales. Que fomente el sentimiento de pertenencia a la comunidad, al recibir una respuesta de la misma y utilizar sus propios recursos en la intervención, con lo cual se inscribe al menor en un sistema global de relaciones.”⁶⁴⁴

7.- La reparación extrajudicial

Esta figura, comenta la especialista, surge en la década de los 70 en Estados Unidos, a raíz de la filosofía de la necesidad de buscar medidas alternativas al Internamiento, basándose en ideas de la no-intervención radical.⁶⁴⁵

La institución reviste especial interés para la ley, tal y como se expresa en la Exposición de Motivos N° 13 y en el artículo 19, disposiciones que le atribuyen un valor preventivo, ya que la finalidad sería la desiudicialización, la cual consiste en

⁶⁴³ IDEM.

⁶⁴⁴ IDEM.

⁶⁴⁵ IDEM.

evitar la entrada de los menores en la justicia penal, y evitar la estigmatización consecuente con dicha entrada.⁶⁴⁶

Ello da lugar a la no incoación del Expediente judicial, al sobreseimiento del mismo o a la finalización del cumplimiento de la medida impuesta, ya que se puede producir en cualquier momento del procedimiento judicial.⁶⁴⁷

Los objetivos que persigue se dirigen a las partes implicadas. En cuanto a la víctima, que se siente reconocida como tal, que reciba una respuesta judicial con restitución material o simbólica del daño sufrido; que se le permite defender sus derechos en la negociación. En cuanto al menor, que le ayude a responsabilizarse de sus actos, al ser un ejercicio de comprensión del daño causado a una víctima, que es real; que le ayude a establecer un vínculo claro entre su conducta y la respuesta social; que le permita reparar o compensar el daño causado, es decir, establecer conductas positivas que aumenten su sentimiento de utilidad y de pertenencia a la comunidad; que le permita aprender habilidades de comunicación y de resolución de problemas, de asertividad, etc., lo cual supone una ampliación de su repertorio conductual de cara al afrontamiento de situaciones futuras.⁶⁴⁸

Asimismo, en cuanto a la administración de justicia, tiende a la aplicación de los principios de oportunidad, de intervención penal mínima y de resocialización; diversifica las medidas y aumenta la individualización de las mismas; reconoce el papel de las víctimas, mostrándose sensible a los perjuicios que sufren en sus dos vertientes: los derivados del delito (victimización primaria) y las derivadas del procedimiento judicial (victimización secundaria); descarga de trabajo a los tribunales; ahorra tiempo y dinero, pues los procesos formales son más lentos y onerosos. Por último, en cuanto a la sociedad: le transmite la seguridad de que se da respuesta a las conductas infractoras; le ofrece soluciones más cercanas y útiles; mismas que se adecuan al momento cultural y científico actual.⁶⁴⁹

Según describe la Psicóloga del Juzgado de Menores de Salamanca, la reparación extrajudicial presenta dos modalidades:⁶⁵⁰

1. La conciliación. Tiene por objeto que la víctima reciba su satisfacción psicológica a cargo del menor, quien ha de arrepentirse del daño causado; ha de estar dispuesto a disculparse. Los requisitos son que el menor efectivamente se arrepienta y se disculpe; que la víctima lo acepte y otorgue su perdón.

⁶⁴⁶ IDEM.

⁶⁴⁷ IDEM.

⁶⁴⁸ IDEM.

⁶⁴⁹ IDEM.

⁶⁵⁰ IDEM.

2. La reparación. Aquí el acuerdo no se alcanza únicamente mediante la vía de la satisfacción psicológica, sino que requiere que el menor ejecute el compromiso contraído con la víctima de reparar el daño causado, bien mediante trabajos para la víctima o en beneficio de la comunidad, mediante otras acciones.⁶⁵¹ Los requisitos son que las tareas se adapten a las características y al momento evolutivo en que se encuentre; que no obstaculice otras actividades formativas, culturales o sociales que venga desempeñando; que se de el consentimiento del menor; que exista el compromiso de sus representantes legales, caso de ser menor de edad o incapaz, y la aprobación del Juez de Menores.

La mediación es definida como “un proceso de resolución y manejo del conflicto que devuelve a las partes la responsabilidad de tomar sus propias decisiones en relación con sus vidas”; o bien, como “un proceso participativo y consensual en el que el mediador anima a los que están en disputa a encontrar una base de mutuo acuerdo”.⁶⁵²

Para tal fin, existen tantos modelos de mediación como mediadores. TEJEDOR ORDAX menciona que las fases de trabajo que se siguen con más frecuencia son:⁶⁵³

1. Contacto con las partes:

a) Entrevista con el menor: se recogen datos de análisis, se informa al menor y, en especial, se estudia si cumple los requisitos. La opinión de los padres es tomada en cuenta.

b) Entrevista con la víctima: se le informa sobre el programa, el arrepentimiento del menor y su voluntad de reparar. Se conocen los datos que aporta sobre los hechos, los daños sufridos y su motivación para ser reparada.

2. Análisis del mediador: valora si existe conflicto, la intensidad del mismo y la posición de las partes.

3. Elaboración del programa: teniendo en cuenta a ambos y pudiendo ofrecer otras alternativas. Se distinguen dos modalidades:

a) con participación de la víctima; se intenta que lleguen a acuerdos teniendo en cuenta los intereses de la víctima y las posibilidades reparatoras del menor.

⁶⁵¹ IDEM.

⁶⁵² IDEM.

⁶⁵³ IDEM.

b) sin participación de la víctima (no se presta a la reparación o conciliación, no se la puede localizar); se estudia la reparación indirecta a través de una tarea educativa, tarea en beneficio de la comunidad (solo se admite en la reparación).⁶⁵⁴

4. Redacción del acuerdo: se expresan por escrito los acuerdos alcanzados, contemplando los aspectos de la ejecución referentes a: tipo de tarea, horario, tiempo de dedicación.

5. Seguimiento del cumplimiento del acuerdo.

6. Valoración del mediador en cuanto a la responsabilización del menor, al cumplimiento de los acuerdos alcanzados, y a las valoraciones de ambos sobre el proceso. Se elabora un informe para el Fiscal, solicitando la conclusión del Expediente judicial o la continuación del procedimiento ante el incumplimiento.⁶⁵⁵

La ley española establece el concurso mediador del Equipo Técnico del Juzgado de Menores; pero sólo permite la mediación en casos leves, pese a que en otros países se trabaja con delitos graves y sujetos reincidentes.⁶⁵⁶

VI.- La Intervención psicológica en la legislación mexicana.

Repasando las fases del procedimiento de menores establecido en la legislación mexicana vigente, se distingue especialmente la intervención psicológica en las siguientes etapas:

A. Diagnóstico

Con la resolución de sujeción del menor al procedimiento, queda abierta la instrucción del proceso, sometiéndose al menor a un diagnóstico; éste se entiende, según la ley, como el resultado de las investigaciones técnicas interdisciplinarias, que permitan conocer la estructura biopsicosocial del menor.

El diagnóstico tiene por objeto, conocer la etiología de la conducta infractora y dictaminar, con fundamento en el resultado de los estudios e investigaciones interdisciplinarias que lleven al conocimiento de la estructura biopsicosocial del menor, cuales deberán ser las medidas conducentes a la adaptación social del susodicho menor.

⁶⁵⁴ IDEM.

⁶⁵⁵ IDEM.

⁶⁵⁶ IDEM.

Los encargados de efectuar los estudios interdisciplinarios para emitir el diagnóstico, serán los profesionales adscritos a la unidad administrativa encargada de la prevención y tratamiento de menores. Para tal efecto, se practicarán los análisis médico, psicológico, pedagógico y social, sin perjuicio de los demás que, en su caso, se requieran.

En aquellas circunstancias en que los estudios de diagnóstico se practiquen estando el menor bajo la guarda o custodia de sus legítimos representantes o sus encargados, éstos en coordinación con el defensor, tendrán la obligación de presentarlo en el lugar, día y hora que se les fijen, por la unidad administrativa encargada de la prevención y tratamiento de menores.

Los estudios son los siguientes: a) La investigación social; b) El estudio médico; c) La valoración psicológica; y d) El análisis pedagógico.⁶⁵⁷

B. Dictamen técnico

Este instrumento en su emisión es una de las atribuciones del Comité Técnico Interdisciplinario, basado en el diagnóstico biopsicosocial del menor, proporcionado por el área técnica de la institución.

El dictamen técnico deberá reunir los siguientes requisitos:

a) Lugar, fecha y hora en que se emita.

b) Una relación sucinta de los estudios biopsicosociales que se le hayan practicado al menor.

⁶⁵⁷ a) La investigación social, encargada de estudiar y aportar datos sobre las características sociológicas que rodean al menor y a los hechos que lo condujeron a la irregularidad de conducta.

b) El estudio médico que proporciona la evaluación de la realidad física del menor, así como la atención oportuna y eficaz de cualquier anomalía; su importancia no solamente estriba en dictaminar las causas somato-físicas de la conducta infractora, sino en proporcionar un acercamiento a la realidad del potencial físico, tanto para explicar su conducta como para planear su rehabilitación.

c) La valoración psicológica, encargada de aportar el análisis psicológico, psiquiátrico y neurológico de cada menor infractor, a fin de proporcionar a los Consejeros, una visión de la estructura de la personalidad, su desenvolvimiento conductual, el nivel intelectual, así como de descartar y delimitar en su caso, la existencia de lesiones neurológicas que influyan o propicien la distorsión de la conducta del menor.

d) El análisis pedagógico que precisa las características educativas del sujeto estudiado, no sólo en su nivel de conocimientos actuales, sino en el de sus aptitudes, intereses, limitaciones y carencias, así como en inclinaciones vocacionales, que son base firme para la dirección readaptativa o rehabilitadora, que el Consejero Unitario imprima en su resolución.

c) Las consideraciones mínimas que han de estimarse, para individualizar la aplicación de las medidas que procedan, según el grado de desadaptación social del menor, y que son las que a continuación se señalan:

- La naturaleza y gravedad de los hechos que se atribuyan al menor, así como las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión de comisión de los mismos.

- Nombre, edad, grado de escolaridad, estado civil, religión, costumbres, nivel socioeconómico y cultural y la conducta precedente del menor.

- Los motivos que impulsaron su conducta y las condiciones especiales en que se encontraba en el momento de la realización de los hechos.

- Los vínculos de parentesco, de amistad o nacidos de otras relaciones sociales, con las personas presuntamente ofendidas, así como las características personales de las mismas.

d) Los puntos conclusivos, en los cuales se determinará la aplicación de las medidas de protección, de orientación y tratamiento, así como la duración mínima de tratamiento interno, conforme a lo previsto en la Ley en comento.

e) El nombre y la firma de los integrantes del Comité Técnico Interdisciplinario.

C. Tratamiento

El tratamiento será integral, porque incidirá en todos los aspectos que conforman el desarrollo biopsicosocial del menor; secuencial, porque llevará una evolución ordenada en función de sus potencialidades: interdisciplinario, por la participación de técnicos de diversas disciplinas en los programas de tratamiento, y dirigido al menor con el apoyo de su familia, porque el tratamiento se adecuará a las características propias de cada menor y de su familia.

VII.- Consideraciones personales conclusivas

Respecto a la inimputabilidad, existe consenso en la doctrina moderna en el sentido de que el menor, hasta antes de la mayoría de edad, no puede considerarse como sujeto activo de un delito; así, aunque su conducta se adecue a alguno de los tipos señalados en la legislación sustantiva, no está justificada la intervención del aparato punitivo estatal en su contra. La controversia surge

cuando se busca determinar la edad penal, es decir, ¿a partir de qué edad puede afirmarse que el menor deja de serlo, y por tanto, ya es sujeto del derecho penal?

La mayoría de las legislaciones, como hemos visto, se inclinan por marcar el límite de la inimputabilidad en los 18 años; este criterio, si bien coincide con el cumplimiento de la mayoría de edad, no debe considerarse concluyente; no puede afirmarse que al llegar a los 18 años, el menor automáticamente se vuelve capaz de querer y entender en plenitud, y por tanto imputable. Esta cuestión ya fue suficientemente analizada en los capítulos precedentes, únicamente, insistimos en nuestra convicción de que el límite de la edad penal debiera extenderse hasta los 21 años, pues en muchas ocasiones, los menores, aún después de los 18, no han alcanzado el grado de madurez necesaria.

Si no se dan las condiciones para extender la inimputabilidad plena hasta los 21 años, sería recomendable cuando menos incluir en las legislaciones un plazo especial de inimputabilidad que fuera de los 18 a los 21 años (como era el caso de la legislación española hasta la reforma de diciembre de 2006); los menores que se encontraran en dicho rango de edad, serían tratados atendiendo a sus características psicológicas y de desarrollo personal. La clave sería tener siempre como brújula el interés superior del menor, que se vería menoscabado cuando un individuo aún no desarrollado psicológicamente por completo, sólo por haber alcanzado la mayoría de edad, fuese juzgado como un adulto.

Bajo esta óptica, la inimputabilidad no ha de fijarse atendiendo únicamente a un criterio cuantitativo (la edad), sino que sería importante tomar en cuenta un criterio cualitativo, como es el aspecto psicológico individual del menor. Empero, la falta de precisión del concepto en su aplicación resultaría violatoria de garantías; por lo que según las condiciones peculiares de cada nación, sería necesario, por encima del límite fijo de los 18 años, implementar proyectos que evaluaran la viabilidad de considerar el criterio psicológico hasta los 21 años.

En esta tesitura, se reafirma el carácter obligadamente multidisciplinario que ha de revestir el derecho de los menores infractores; los procedimientos, los factores a tomar en consideración y los resultados a obtener durante la evaluación psicológica de los menores, son cuestiones cuyo contenido excede al ámbito jurídico, correspondiendo su estudio a otras áreas del conocimiento; sin embargo, es el Derecho el que habrá de marcar los lineamientos y postulados generales de la intervención de otros profesionales, con miras a proteger el interés superior del menor.

La presencia de psicólogos infantiles capaces resulta de suma trascendencia, aún desde la instrumentación de una adecuada política preventiva, la cual consideramos es la única solución real para la problemática que estudiamos. El estudio psicológico del menor infractor, y la orientación que en este ámbito pueda dársele, son puntos que resultan torales para la determinación del

qué y cómo hacer en su caso específico, con miras a su reintegración a la vida dentro del orden social, y por ende, del derecho.

Si bien el problema de los menores infractores sigue siendo un asunto esencialmente jurídico, y como tal, la acción del Equipo Técnico en la legislación española, o del Comité Técnico Interdisciplinario en México, sigue teniendo en la práctica un papel secundario frente al órgano administrativo encargado de seguir el procedimiento del menor, creemos que es necesario reconsiderar su importancia, pues estos órganos, integrados por profesionales de diversas disciplinas, son quienes asumen la trascendental tarea de realizar el diagnóstico del menor, atendiendo a su situación individual, sus problemas, carencias o conflictos; y con base en ello, proponer las medidas más idóneas a adoptar en su caso, y a la vez, planear un seguimiento de sus avances o retrocesos. La conducta infractora del menor, como un fenómeno multifactorial, es susceptible de ser analizada; conjuntando el trabajo sociológico, psicológico y pedagógico, con el jurídico, por tratarse de un fenómeno que daña los bienes jurídicos tutelados por el derecho.

Más aún, cuando en la práctica jurídica se ha visto que el procedimiento de menores, y la posterior aplicación de la medida y el tratamiento, adolecen de la presencia de profesionales y técnicos adecuadamente preparados en ciencias como psicología, medicina y pedagogía, y en otras disciplinas; y más aún, con escasa capacitación y formación específica en cuestiones relacionadas con menores infractores; de tal suerte que muchos de ellos mantienen prejuicios y concepciones retrógradas respecto a los cauces que deben seguir en el tratamiento y en la atención de estos sujetos.

Si bien, plantear los términos específicos de la evaluación biopsicosocial en el procedimiento de menores es algo que corresponde a los especialistas de cada una de las disciplinas, el derecho ha de dar, insistimos, pautas generales que pugnen por la protección del interés del menor. El diagnóstico que se haga del menor, no ha de interesarse solamente en las circunstancias de su conducta infractora, que como hemos sostenido, es sólo un síntoma de su problema real. El objetivo primario del diagnóstico será brindar un panorama descriptivo de la situación del menor, que al ser explicado en términos de las diversas teorías sobre los orígenes de la conducta delictiva (que si bien no son concluyentes, permiten la identificación de factores de riesgo), brinden pautas respecto a los focos rojos en la condición del menor, sobre los cuales es factible la intervención educativa. Así, más que las formalidades de la conducta delincuente, se habrá de buscar su explicación, con miras a la predicción y a la elección del tratamiento a través de programas adecuados, los cuales también han de tener una composición interdisciplinaria en sus planteamientos y técnicas utilizadas.

Al identificar por medio del trabajo de los profesionales y técnicos posibles factores de riesgo en la conducta delincuyente, se descubrirán los puntos que exigen ser objeto del tratamiento, dependiendo de cada caso concreto.

La intervención interdisciplinaria durante el tratamiento reviste también un carácter esencial; el menor ha de ser considerado más que un reo, un educando, y por ende, la naturaleza del tratamiento y su forma misma han de tener carácter educativo, y no penal. De acuerdo con la evaluación del menor, las medidas habrán de tender, siguiendo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, al pleno desarrollo de la personalidad humana y a un refuerzo del respeto por los derechos del hombre y por las libertades fundamentales. Si bien también corresponde a los especialistas determinar los contenidos y técnicas de los tratamientos de rehabilitación pedagógicos aplicables al menor, el Derecho podrá dictar directrices, en el sentido de favorecer un tratamiento educativo que busque crear en el menor el sentido de responsabilidad de sus actos ante sí y ante la comunidad; que no contravenga su propio proceso de desarrollo; y sobre todo, que le permita crear a futuro nuevos hábitos, aprendizajes y relaciones, que le permitan su reintegración plena al conjunto social, una vez finalizada la medida.

CAPÍTULO VI

EL ASPECTO EDUCATIVO-PREVENCIÓN

I.- PLANTEAMIENTO

La responsabilidad educativa del proceso enseñanza-aprendizaje depende del reconocimiento de los objetivos de la educación. Especialmente en el caso de los menores infractores, son dichos fines los que indican el rumbo y los puntos de llegada deseados, en torno a los cuales deben concentrarse todos los esfuerzos del docente especializado. El conocimiento de dichos objetivos otorgará significación al proceso instructivo que se determine; si no existiesen los objetivos, la acción de los pedagogos estaría desvinculada de las necesidades sociales e individuales del menor infractor, en primer lugar, claro está, su resocialización.

Los objetivos de la educación, en términos generales, en los distintos niveles de la enseñanza, son muy diversos; en su enfoque más amplio, pueden ser expresados en un triple sentido: social, individual y trascendental.⁶⁵⁸

⁶⁵⁸ Cfr. NÉRICI, Imídeo Giuseppe. **Hacia una didáctica general dinámica**. Ed. Kapelusz, Buenos Aires, Argentina, 1969, pp. 27-28.

1. En sentido social:

- preparar las nuevas generaciones para recibir, conservar y enriquecer la herencia cultural del grupo;
- preparar, asimismo, los procesos de subsistencia y organización de los grupos humanos, teniendo en vista nuevas exigencias sociales, derivadas del crecimiento demográfico y de los nuevos conocimientos;
- promover el desenvolvimiento económico y social, disminuyendo los privilegios y proporcionando los beneficios de la civilización al mayor número posible de individuos.

2. En sentido individual:

- proporcionar una adecuada atención a cada individuo, según sus posibilidades, de modo que se favorezca el pleno desenvolvimiento de su personalidad;
- inculcar al individuo sentimientos de grupo, a fin de inducirlo a cooperar con sus semejantes en empresas de bien común, sustituyendo la competición por la colaboración, el vencer a los otros por el vencerse a sí mismo, en un esfuerzo de auto perfeccionamiento.

3. En sentido trascendental:

Para el maestro Imídeo G. NÉRICI, la educación es el proceso social más generalizado entre los grupos humanos. Todos somos educandos y educadores al mismo tiempo. Somos educandos, en cuanto sufrimos la influencia de otros; y somos educadores en cuanto ejercemos esa influencia.⁶⁵⁹

La educación tiene, según veíamos, entre sus objetivos principales, el de formar la personalidad del educando, teniendo en cuenta sus peculiaridades. Se debe educar respetando la individualidad, tratando de no diluir el individuo en el grupo, sino resaltando lo que él tiene de propio, para que pueda colaborar mejor en la obra común de la sociedad. En vez de nivelar, se debe diversificar para unificar mejor. Pero esto sólo puede ser logrado tomando en consideración la realidad de cada uno. El individuo debe ser visto en sus peculiaridades como persona que siente, que tiene sus posibilidades y posee una sensibilidad diferente de la de los demás.

La educación no puede realizarse sobre la base de un prototipo ideal fijo, único, que deba ser inculcado a todos los educandos. El escolar debe ser respetado en su individualidad y no puede ser forzado a ser lo que no es, ni humillado por medio de comparaciones que, en última instancia, nada significan. A través de la educación, cada uno debe ser llevado a hacer lo que pueda, y no lo que deseamos que haga. Todo individuo tiene derecho a ser lo que es, sin apelar al espantajo de un estereotipo para encontrar su lugar en la sociedad. La educación debe favorecer en lugar de dificultar la manifestación y el desenvolvimiento de las peculiaridades de cada uno. Únicamente así, la vida del individuo puede tener sentido, al mismo tiempo que la sociedad se va enriqueciendo con la mayor diversificación de sus actividades.

La educación debe contribuir a hacer más explícitas las posibilidades de cada uno en lugar de pretender ajustarlas a un patrón según un tipo ideal e inexistente de individuo. La realidad de cada uno no tiene ni ha tenido el reconocimiento ni la asistencia que sería de desear por parte de los responsables de la formación del alumno.

Es necesario hacer notar lo siguiente: lo que cada uno tiene de diferente no debe ser sofocado; debe ser perfeccionado y orientado en un sentido de aceptación social, para su mejor aprovechamiento, en beneficio del individuo y de la colectividad. Solamente así cada uno puede ser lo que es, de manera que

-Orientar al individuo hacia la aprehensión del sentido estético y poético de las cosas, de los fenómenos y de los hombres, con el objeto de posibilitarle vivencias más profundas y desinteresadas;

-Llevarlo, además, a tomar conciencia y a reflexionar sobre los grandes problemas y misterios de las cosas, de la vida y del cosmos, a fin de proporcionarle vivencias mas hondas.

⁶⁵⁹ Cfr. IBIDEM, pp. 28-55.

llegue a ser mejor ciudadano. En esta tesitura, NÉRICI hace dos recomendaciones:⁶⁶⁰

1. Miremos al ser humano en su realidad efectiva, ayudándolo en sus necesidades y llevándolo a realizarse en aquello que verdaderamente puede hacer, según sus posibilidades y aspiraciones.

2. No utilicemos los mismos estímulos para todos los educandos. Los estímulos deben ser diferenciados a medida que vayan siendo diferentes los individuos.

En síntesis, siguiendo los lineamientos del maestro NÉRICI, puede decirse que corresponde a la educación:⁶⁶¹

1. Transmitir el legado cultural válido de una generación a otra.

2. Enriquecer ese mismo legado, con perfeccionamiento de algunas formas y acrecentamiento de otras, a fin de que sean atendidas las nuevas necesidades sociales.

3. Favorecer el progreso social, mediante el esclarecimiento y la adecuada formación del mayor número posible de ciudadanos.

4. Evitar las revoluciones sociales con la atenuación de las distancias sociales y de los motivos de conflictos.

5. Preparar al individuo, intelectual y técnicamente, a fin de posibilitarle una efectiva integración social.

6. Llevar al individuo a participar de la vida social, tanto en su aspecto material como en el espiritual.

7. Ver al individuo en su realidad humana, para que sea convenientemente asistido y pueda realizarse mejor como personalidad, de modo que llegue a ocupar en la sociedad un lugar en el que pueda ser más útil a la comunidad y a sí mismo.

Es innegable el papel socializador que posee la escuela en el desarrollo de los menores. Como agente de socialización, “actúa como transmisora de los conocimientos básicos que luego serán desarrollados por el individuo incorporando sus aportaciones personales, por otro lado, la escuela se presenta como renovadora de las instituciones sociales y del conjunto de conocimientos

⁶⁶⁰ IDEM.

⁶⁶¹ Cfr. IBIDEM, pp. 50-55.

posibilitando la expansión de la cultura gracias a las aportaciones individuales. El papel de la escuela en la socialización del niño completa la labor socializadora de la familia.”⁶⁶²

Más aún, cuando como es bien sabido, “la escuela transmite a los individuos los valores, normas, creencias, etc., de la cultura a que pertenecen, fundamentales para su integración en la sociedad.”⁶⁶³

Así las cosas, vemos que tras la familia, la escuela es el mejor lugar para prevenir, detectar y disuadir la presencia de actitudes y comportamientos antisociales que puedan desembocar en ilícitos de parte de los menores. En este sentido, los maestros tienen diversos deberes y compromisos que cumplir, como parte indispensable del proceso de formación del menor. Entre ellos, nos parecen de importancia los siguientes, formulados a manera de sugerencias:⁶⁶⁴

- a) enseñar a los menores los valores fundamentales y fomentar en ellos el conocimiento y respeto de la ley;
- b) enseñarles a comprender y respetar opiniones y puntos de vista distintos;
- c) evitar las medidas disciplinarias severas, especialmente los castigos corporales;
- d) trabajar en cooperación con los padres, las organizaciones comunitarias y los organismos que se ocupan de las actividades de los jóvenes;
- e) informar a los menores respecto a las conductas consideradas como ilícitas por la ley, explicándoles el por qué;
- f) especialmente, dar información sobre las conductas relacionadas con el uso ilícito de las drogas;
- g) inspirar confianza a los menores, siendo no sólo una figura de autoridad, sino también de orientación, con el fin de que no duden acudir a pedir consejos, ayuda o información sobre sus problemas y sus preocupaciones;
- h) ante el conocimiento fundado de que un menor realiza alguna actividad infractora, manejarse con discreción, y hablar con sus padres y tutores;
- i) para el caso de que el menor actúe con el visto bueno de sus progenitores, o cuando resulte imposible hablar al respecto con ellos, poner los hechos en conocimiento de asuntos sociales de la comunidad o de ser necesario, de la jurisdicción de menores o de la policía. Si bien, actuar como delator no es una opción agradecida, es indispensable para que el menor pueda recibir el tratamiento necesario que lo aleje de las conductas infractoras.

⁶⁶² DODERO FUEJO, Marta. “Socialización: familia y escuela”. En RUIZ RODRÍGUEZ, Ramón y NAVARRO GUZMÁN, José Ignacio (coords.). **Menores. Responsabilidad penal y atención psicosocial**. Tirant lo Blanch, Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología. Valencia, España, 2004, Colección Criminología y Educación Social, Serie Mayor, pp. 530-531.

⁶⁶³ IBIDEM, p. 531.

⁶⁶⁴ Cfr. ORTS BERENGUER, Enrique (coord.). **Menores: victimización, delincuencia y seguridad**. Tirant lo blanch, Valencia, España, 2006, Chillida Seguridad Permanente Colección Ciencia Policial, pp. 207-209.

j) organizar o participar en asociaciones y grupos dedicados a ayudar a menores con problemas; considerando siempre las capacidades propias y no planteándose metas inalcanzables, para evitar sentimientos de fracaso.

De especial interés, es la capacitación para el trabajo, el proceso de *socialización laboral* que inicia en los niños dentro de la escuela. Al respecto, es imprescindible tomar en consideración que “en la escuela los niños empiezan a adquirir una serie de conocimientos que van a ser relevantes para su inserción en el mundo laboral, se les inculcan valores en torno al trabajo. La socialización laboral es un elemento fundamental del proceso de adaptación social del individuo a su entorno, la cultura del trabajo en las sociedades modernas ofrece al sujeto la posibilidad de enriquecerse individual y socialmente y es durante el período de escolarización cuando el niño comienza a realizar tareas eficaces para su posterior ingreso en el mundo laboral.”⁶⁶⁵

No obstante, hay que considerar que en el ámbito de los menores infractores, es común que éstos no hayan destacado por seguir una trayectoria escolar continua; esto puede darse principalmente en dos escenarios: cuando los menores, teniendo acceso a las instituciones educativas, no asisten a las mismas, debiendo considerarse por el educador que “por un lado la falta a clase es manifestación del fracaso escolar, provocado por factores de diversa índole; por otro, el mero absentismo escolar puede ser factor determinante del fracaso.”⁶⁶⁶

O bien, en segundo lugar, cuando el menor, por sus condiciones de marginalidad, no ha tenido siquiera acceso a las condiciones mínimas de desarrollo educativo.

En ambos casos, sea por deserción o por falta de acceso; el menor queda fuera de la influencia socializadora del ámbito escolar, siendo difícil llevar así un seguimiento de su desarrollo y conducta. En estos supuestos, corresponderá al educador especializado planear el programa de intervención adecuada que le permita al menor adquirir la formación que hasta el momento le ha faltado, o incluso, le ha sido negada por sus condiciones de facto.

Ello, atendiendo a que el principio de resocialización debe ser uno de los criterios fundamentales para determinar el tipo de medida a aplicar al menor, “teniendo en cuenta los altos índices de déficit educativos en los menores infractores, la formación y educación deberán ser los instrumentos esenciales del proceso de resocialización durante el internamiento.”⁶⁶⁷

⁶⁶⁵ DODERO FUEJO, Marta. op. cit., p. 531.

⁶⁶⁶ MARTÍN BARROSO, Luis. **Las fugas de menores: prevención y tratamiento**. Editorial Civitas, Madrid, España, 1984, p. 136.

⁶⁶⁷ DE URBANO CASTRILLO, Eduardo y DE LA ROSA CORTINA, José Miguel. **Comentarios a la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor**, Aranzadi Editorial, Navarra, España, 2001, p. 455.

II.- PEDAGOGÍA SOCIAL ESPECIALIZADA

Insistiendo en el papel preponderante de la educación, y por ende, de la pedagogía, en la materia de los menores infractores, examinamos en esta sección de nuestro trabajo aspectos pertenecientes a la *pedagogía social especializada*, entendida ésta, a grandes rasgos, como la ciencia o disciplina de la educación social, el contenido teórico de dicha práctica o actividad profesional.

El desarrollo de esta rama del conocimiento, ha sentado las bases para una nueva concepción del fenómeno de los menores infractores, al ocuparse tanto de los aspectos preventivos, dentro de la educación social, como de las técnicas, los métodos y el tratamiento adecuado, de carácter primordialmente socioeducativo para los menores en dificultad y en conflicto social, atendiendo a su condición particular.

No siendo necesario efectuar un amplio análisis de los fundamentos teóricos de la disciplina a la que hacemos referencia, por no ser objeto de estudio de este trabajo, centraremos la atención en determinados puntos que a nuestro juicio se encuentran más cercanos a la materia que examinamos.

A. La prevención en la educación social

La prevención es esencial. Para Rafael SANCHO VERDUGO, “desde la prevención primaria, se ha combatir el influjo criminógeno de determinadas disfunciones que se producen en áreas básicas de la sociedad: familia, escuela. Debe evitarse la marginación de grupos étnicos; debe desmitificarse al delincuente juvenil y otorgársele un tratamiento recuperador (respecto de esto último, también a los menores y jóvenes convertidos en víctimas, por cuanto que pueden devenir en victimizadores); en el campo de la prevención secundaria, habrá que potenciar los cauces para el conocimiento más precoz de cuales son los síntomas preanunciadores de la peligrosidad del menor; se debe reforzar la actividad de coordinación también para transmitir entre las distintas instancias u operadores actuantes (escuela, familia, instituciones públicas...) información mutua y concreta sobre los menores y jóvenes de contacto común. Se trataría de una actividad individualizada (...) en la prevención terciaria, ha de elaborarse una política pedagógica recuperadora de los menores y jóvenes ya delincuentes, ofreciéndoseles recursos eficaces para su reinserción con consignas pro-sociales (...) no tiene sentido hacer frente a las distintas clases de delincuencia juvenil (patológica, anormal no patológica, o a la no patológica ni anormal) con los mismos medios (humanos, científicos, terapéuticos, legales, judiciales, etc.), sino

que debe distinguirse en lo posible y especializarse según sea la necesidad del joven delincuente.”⁶⁶⁸

Según José Antonio CARIDE GÓMEZ, la prevención, entendida como anticipación y afrontamiento estratégico de problemas que surgen al compás del desarrollo humano, hace décadas que ocupa un lugar relevante en los procesos de intervención social; especialmente, en aquellos que afirman su voluntad de procurar una mejora significativa en la calidad de vida de las personas, tanto en sus aspectos individuales como colectivos. Al reconocimiento de la prevención como un bien público y primario, se añade el énfasis puesto en acentuar su potencial contribución al progreso social, del que se considera un componente clave e indiscutible ya desde el comienzo del presente siglo, y sobre todo a partir de los años sesenta; desde ese momento, la prevención ha ampliado progresivamente sus fronteras en los discursos políticos y sociales, con derivaciones teóricas y prácticas a las que se vinculan diferentes ámbitos y problemáticas, involucrando también diversas estrategias de la acción social.⁶⁶⁹

Bajo estas nuevas circunstancias, la prevención se identifica con la promoción activa de actuaciones positivas para el desarrollo integral de las personas, congruentes con los principios que sostienen la necesidad de proveer bienestar físico, psicológico y social para los seres humanos, y para las sociedades en las que se desarrollan.

Por lo general, según explica CARIDE GÓMEZ, el concepto de prevención se ha aplicado de forma restrictiva a determinadas áreas, vinculándolo con demasiada frecuencia a los problemas de salud o a las catástrofes físico-naturales, y recurriendo para ello a la supuesta efectividad del control de las variables biomédicas, a los análisis monocausales o a las soluciones únicas. Frente a este planteamiento, en los últimos años se declara la necesidad de proceder a una revisión conceptual de la prevención, al objeto de que sus representaciones sean más acordes con el carácter complejo, multicausal e interdisciplinario de las realidades sociales, incluyendo las que configuran los estados de salud o las coordenadas medioambientales.⁶⁷⁰

De tal suerte, que la reconceptualización de la prevención, a la que contribuyen diversos agentes y actuaciones (políticas, legislativas, tecnológicas, profesionales, formativas, etc.), se transfiere a los modelos y acciones preventivas, a las que se dota de un enfoque más holístico y comunitario, ampliando los ámbitos y problemas que han de atenderse (seguridad, vivienda, trabajo,

⁶⁶⁸ SANCHO VERDUGO, Rafael. “Consideraciones criminológicas sobre la Ley Orgánica N. 5, de 12 de enero de 2000, reguladora de la Responsabilidad penal de los menores”. En **Anuario de Justicia de Menores**, Ed. Astigi, España, 2004, No. IV, pp. 91-93.

⁶⁶⁹ Cfr. CARIDE GÓMEZ, José Antonio. “Tratamientos pedagógicos generales”. En ORTEGA ESTEBAN, José (coord.). **Pedagogía Social Especializada**. Ed. Ariel, Barcelona, España, 1999, pp. 31-41.

⁶⁷⁰ ÍDEM.

drogodependencias, delincuencia, discapacidades, inadaptación, etc.); los niveles y estrategias de actuación, los fundamentos científicos y los principios éticos; tratando de inscribirse en un contexto cultural más abierto a la posibilidad de restaurar, proteger, modificar o crear valores y estilos de vida más coincidentes con el respeto a los derechos individuales y sociales.

Citando a CASAS AZNAR, CARIDE GÓMEZ afirma que la prevención “tiene su base más sólida en el hecho de partir de conocimientos avalados científicamente, y de conocimientos técnicos adquiridos con rigor en la experiencia interventiva”. Más aun, la prevención encuentra su pleno sentido si se dirige a la acción, y esta se da siempre en contextos políticos y sociales determinados; porque hacen falta voluntad política y colaboración ciudadana, así como sensibilidad y responsabilidad públicas, para incrementar los fundamentos normativos de la prevención, perfeccionando no solo las practicas institucionales sino también los dispositivos actitudinales de cada sujeto a la hora de neutralizar las situaciones de riesgo social que le sobrevengan. El riesgo, sigue CARIDE GÓMEZ, se reconoce como una circunstancia social, resultante de una dinámica interactiva en el seno de una comunidad; actuar sobre estas interacciones significa disponer de modelos teóricos, de conceptos, de estrategias y de programas que permitan visualizar la prevención en una doble perspectiva temporal: en primer término, la que delimita su concepción como un proyecto de futuro; en segundo lugar, aunque acaso más fundamental que aquella, la que relaciona sus aportaciones con conocimientos y prácticas útiles para conducirse en el presente.⁶⁷¹

Para el trabajo con menores, continúa CARIDE GÓMEZ, se requiere inscribir la prevención en el marco de una política integral de atención a la infancia, favorecedora de su autonomía y de las condiciones que son esenciales para el pleno desarrollo de la vida de niños y niñas que son, además de sujetos de derechos, personas con derechos, tal y como se contempla por las Naciones Unidas a partir de la Convención Internacional sobre los Derechos del niño, aprobada en 1989. Lo anterior implica que a la garantía de una cobertura efectiva de sus necesidades más básicas (alimentación, seguridad, afecto, desarrollo físico y psicológico, etc.) se añade la acción preventiva promovida en los espacios más significativos y cotidianos de su socialización: en la familia, la escuela, la comunidad local, los centros de ocio, los medios de comunicación social, etc.; para los que resulta relevante cualquiera de los modos que pueda tomar la prevención, su concepto, niveles, modelos, estrategias, objetivos, programas o acciones a través de las que se convierte en realidad social.⁶⁷²

En sus acepciones más simples y remotas, insiste el autor, la prevención se asocia a cualquier tipo de precaución o evitación de riesgos (al principio muy ligadas al campo de las enfermedades infecciosas), por lo general en función de

⁶⁷¹ IDEM.

⁶⁷² IDEM.

realidades conocidas, sobre las que se posee información o se tiene constancia directa de sus efectos negativos o indeseables para la vida de la gente. Este actuar antes de que se susciten problemas, para reducir su incidencia o reforzar el estado de normalidad, ha constituido durante un largo período de tiempo el principal criterio en la definición y orientación práctica de las acciones preventivas, a pesar de las confusiones y vaguedades a las que da lugar. Fue como consecuencia de las insatisfacciones provocadas por una cultura de la prevención excesivamente polarizada en la salud, muy ligada a la medicina y a los perfiles de una asistencia individualizada, que se activó la búsqueda de nociones y aplicaciones más extensivas, orientando su definición conceptual hacia planteamientos más comprensivos y permeables a lo social, en los que el bienestar humano se presenta como un todo indivisible, aunque susceptible de ser sometido a diversas interpretaciones, niveles y modalidades de la intervención preventiva.⁶⁷³

De las nuevas definiciones de prevención⁶⁷⁴ que CARIDE GÓMEZ refiere⁶⁷⁵, atendiendo a distintas áreas científicas y ámbitos de actuación, puede concluirse, siguiendo al mismo especialista, que la prevención, admite muchos conceptos; aunque, en lo esencial, estos coinciden a la hora de significar líneas de pensamiento y acción en las que se pone de relieve la trascendencia de comprometer a la sociedad con soluciones que se anticipen a los problemas de los ciudadanos, reduciendo al máximo las situaciones de riesgo, incluidas la

⁶⁷³ IDEM.

⁶⁷⁴ "Cualquier intervención social y psicológica que promueve o realiza el funcionamiento emocional, o reduce la incidencia y prevalencia del mal ajuste emocional en la población en general" (BOWER). "Un proceso activo y asertivo de crear condiciones y/o atributos personales que promueven el bienestar de la gente" (LOFQUIST). "Aquellas formas de intervención que son dirigidas hacia el entrenamiento de habilidades personales y la mejora de las condiciones de vida de una persona o grupo social" (HURREMANN). "Un conjunto de acciones coordinadas y encaminadas a promover potencialidades deseables en los individuos, en los grupos y en sus entornos físico y sociocultural" (BLOOM). "La adopción de medidas encaminadas a impedir que se produzcan deficiencias físicas, mentales y sensoriales -prevención primaria- o impedir que las deficiencias, cuando se han producido, tengan consecuencias físicas, psicológicas y sociales negativas" (Naciones Unidas, Programa de Acción Mundial para las personas con Minusvalías). "Un proceso que incluye la identificación de problemas, el análisis de los recursos y el establecimiento de estrategias dirigidas al descenso de las tasas de inadaptación y delincuencia a través de la previsión de servicios a personas o grupos con necesidades específicas o demostradas" (GARRIDO GENOVÉS). "El conjunto de medidas e instrumentos que tienden a suprimir o, al menos, reducir los factores de inadaptación social y, por tanto, las conductas de los jóvenes y menores inadaptados" (MARCH I CERDA). "Una acción intencionada y planificada, llevada a cabo generalmente a través de algún tipo de interacción personal, que tiene como objetivo la reducción de la incidencia de una determinada patología en una población concreta en un tiempo delimitado" (FERNÁNDEZ RÍOS). "Aquel proceso de intervención social que, con el objetivo último de mejorar el bienestar y la calidad de vida de las personas y sistemas humanos, y acorde con conocimientos rigurosos, manipula los factores asociados o implicados en la génesis de diferentes enfermedades, problemáticas o necesidades sociales, desarrollando actuaciones concretas a fin de evitar su aparición, reaparición o agravamiento" (CASAS).

⁶⁷⁵ IDEM.

explotación y la indefensión. En ningún caso, aun en los más descriptivos, son conceptos neutros; según como se defina la prevención, se desarrollan y configuran las iniciativas que respondan a su nombre.

Por lo que se refiere a las clasificaciones que la teoría y la práctica de la prevención han generado y/o revisado críticamente en las últimas décadas, CARIDE GÓMEZ adopta el criterio que distingue entre Prevención Primaria, Secundaria y Terciaria.⁶⁷⁶

a) La prevención primaria pretende eliminar o eventualmente disminuir los riesgos que afectan al conjunto de la población, procurando favorecer la máxima integración posible entre las personas y sus ambientes. Los destinatarios de las actuaciones preventivas son, por tanto, individuos que no presentan problemas -o signos evidentes de ellos- en el momento de la intervención, aunque puedan pertenecer a un colectivo en situación de riesgo. Su acción es profiláctica y anticipativa, tratando de promover procesos de inserción o de socialización orientados a la plena participación en las dinámicas comunitarias; es reactiva, pues entre sus objetivos se incluye preparar a los sujetos para reaccionar de forma efectiva ante una problemática emergente; y, además, proactiva: se fundamenta en estrategias de acción que advierten de la presencia de factores de riesgo. Por la amplitud y trascendencia de las metas que se plantea debe resolverse de modo interdisciplinario y multiprofesional, interconectando diferentes aspectos de la vida de las personas.

Vinculados a este nivel de la prevención, CARIDE GÓMEZ menciona otros niveles que distinguen entre la prevención de carácter “general y social” y la prevención de naturaleza “específica y concreta”. La primera tiene como función hacer frente a las problemáticas sociales desde una perspectiva global, inmersa en una política de creación y reforzamiento de los mecanismos de socialización que existen en una determinada sociedad; la segunda está orientada a descubrir las situaciones personales en las que problemas como la inadaptación, la marginación o la delincuencia pueden ser un hecho.⁶⁷⁷

Asimismo, el autor alude a prevención primaria a nivel de sistemas y de prevención primaria centrada en la persona. Aquella se dirige a reducir las fuentes de estrés, así como a incrementar las oportunidades para vivir de forma adecuada dentro de una determinada sociedad, lo que exige luchar contra las injusticias sociales, la marginalidad, la exclusión o la indefensión. La prevención centrada en las personas tiene como objetivo realzar la capacidad de la gente para afrontar de una forma exitosa eventos y situaciones difíciles, pudiendo estar focalizada en “la situación” o en “la competencia”, con la finalidad de desarrollar programas que

⁶⁷⁶ IDEM.

⁶⁷⁷ IDEM.

provean a grupos todavía no afectados por una determinada patología, de competencias y habilidades que refuercen su capacidad adaptativa.⁶⁷⁸

Apoyándose en CAPLAN, CARIDE GÓMEZ comenta que la prevención primaria puede recurrir a varios tipos de estrategias y actuaciones: modificar los factores ambientales que atentan contra el normal desarrollo de los individuos o que favorecen la aparición de patrones conductuales asociados a un determinado problema; incrementar los recursos y destrezas personales de cada sujeto (capacidad de elección, autocontrol, autoeficacia, habilidades sociales), en particular de aquellos de los que depende su vulnerabilidad al problema; realizar estudios epidemiológicos sobre los factores de riesgo más relevantes en un determinado contexto y actuar en consecuencia, etc.⁶⁷⁹

b) Con respecto a la prevención secundaria, el autor en comento menciona que intenta detectar los problemas tan pronto como sea factible, reduciendo su incidencia y prevalencia (duración del trastorno). Por ello, se le reconocen dos objetivos principales: la identificación precoz de los sujetos en situación de alto riesgo o con tendencia a desarrollar una determinada patología; y la intervención o el tratamiento dirigidos a reducir la ocurrencia de estos problemas antes de que se agraven o tengan una solución muy dificultosa. En el campo social se la ha vinculado al diagnóstico de personas portadoras de factores de riesgo y, consecuentemente, vulnerables. Se distingue de la prevención primaria en que actúa cuando se detecta el inicio de algún proceso problematizador, diferenciándose de la terciaria en que su naturaleza es activa, actuando antes de que los problemas se consoliden.

La prevención secundaria implica entonces un tratamiento correctivo, terapéutico o reductivo de las alteraciones y su futura evolución, ante lo que procura proporcionar unos cuidados activos que prevean las complicaciones o su agravamiento. Por esta razón, explica CARIDE GÓMEZ, para algunos autores puede ser designada como “intervención precoz” cuando va dirigida a poblaciones infantiles que de alguna forma están afectadas pero aun no han desarrollado el problema en toda su magnitud o “tardía”, cuando se incide en problemas ya afianzados, sobre todo en la población adulta. Entre las principales estrategias a considerar en este nivel preventivo se mencionan: la aplicación de pruebas de evaluación o de detección precoz; la implementación de programas de intervención que conlleven la reducción o eliminación de los efectos negativos de un determinado problema en su configuración inicial; el uso de técnicas de tratamiento contrastadas por su eficacia; la optimización de las instituciones y servicios sociales responsabilizados en la intervención; la activación de circuitos de reinserción social; la realización de campañas de concienciación ciudadana sobre problemas específicos y los modos de afrontarlos, etc. En relación a éstas

⁶⁷⁸ IDEM.

⁶⁷⁹ IDEM.

estrategias es fundamental impulsar la aplicación de programas educativos diferenciados para los grupos en riesgo, desarrollar actuaciones de choque en momentos críticos, proceder a un diagnóstico temprano de problemáticas y casos; además de cualquier tipo de iniciativas que tengan como finalidad asesorar, orientar y tratar a las personas que lo necesitan en condiciones de urgencia.⁶⁸⁰

c) Sobre la prevención terciaria, el autor anota que, asimilada a la *rehabilitación*, se plantea como objetivo principal minimizar los efectos físicos, psíquicos y sociales de un determinado trastorno. Se trata de detener, retrasar o reparar la evolución del problema y sus efectos, aunque persista la problemática básica, tratando de reinserir al individuo en la sociedad; al tener las connotaciones propias de un *tratamiento*. Más que una tarea preventiva consiste en el seguimiento continuado de una intervención orientada a reducir las secuelas o consecuencias negativas de una situación perturbadora.

La prevención terciaria, sigue CARIDE GÓMEZ refiriéndose a CAPLAN, ha de actuar mediante la rehabilitación a gran escala de los pacientes para devolverles su máxima capacidad productiva tan pronto como sea posible, aunque el término rehabilitación tenga un alcance exclusivamente individual y la expresión prevención terciaria sirva para designar la acción comunitaria. En este marco incluye los programas de reinserción social de las personas y grupos en su medio familiar y en sus entornos comunitarios: manteniendo un contacto permanente con la comunidad, evitando cualquier forma de “hospitalismo” mientras están sujetos a tratamientos corporativos, favoreciendo la desinstitucionalización, actuando pedagógicamente con criterios reeducativos tanto en las comunidades próximas a los afectados como en la sociedad en general.⁶⁸¹

Junto con el criterio de clasificación de CAPLAN, anteriormente reseñado, CARIDE GÓMEZ hace mención de nuevas tipologías, sean creadas ad hoc o en relación a otros marcos de racionalidad teórica. Entre ellas, la prevención inespecífica; la prevención especializada; la intervención preventiva; la corrección preventiva; la prevención individual; la prevención estructural; la prevención comunitaria; la prevención tipo “milestone”; y la prevención de alto riesgo^{682 683}.

⁶⁸⁰ IDEM.

⁶⁸¹ IDEM.

⁶⁸² - Prevención inespecífica: toda acción que está dirigida a la intervención con grupos en situaciones de riesgo, sectores concretos de la población y problemáticas sociales presentes en la comunidad. Se orienta a la modificación de actitudes y conductas que mantienen y/o reproducen procesos de marginación, frente a los que trata de promocionar la integración de los individuos o grupos en la vida social y en su entorno. Implica una concepción amplia de las actuaciones y campos de intervención, distanciándose de planteamientos sectoriales para reclamar la implicación del conjunto de la sociedad y de los sistemas de protección del bienestar.

- Prevención especializada: está dirigida a sectores específicos de la población, a los que se atribuyen situaciones de riesgo o problemas biopsicosociales presentes en la comunidad (infancia, personas mayores, minusválidos, inmigrantes). Se refiere a una prevención encaminada a modificar actitudes y conductas que alimentan los procesos de degradación y/o marginación,

Ahora bien, de mayor interés para nuestro estudio, es el acercamiento a la prevención como construcción pedagógica-social, dilucidando los desafíos y modelos para prevenir en la infancia.

En este contexto, el mismo CARIDE GÓMEZ advierte que las expectativas depositadas en la prevención como oportunidad para favorecer el logro de una sociedad cualitativamente distinta, la sitúan ante el desafío que representan los valores, procesos o finalidades que debe procurar satisfacer en relación a cada persona y a cada colectivo social. Entre las acciones a establecer, continúa el profesor, siempre dependientes de los tipos y niveles preventivos a los que se adscriban, ocupan un lugar relevante las que remiten la prevención a una tarea eminentemente pedagógica y educativa, sea desde una perspectiva sincrónica o prospectiva; ya que no es posible obviar que la Pedagogía Social surge para

caracterizándose por tener en cuenta no solo los problemas que afectan a una persona, sino además su disponibilidad y reciprocidad a las expectativas de cambio. Su principal soporte son las instituciones y servicios próximos al ciudadano con dificultades.

- Intervención preventiva: correspondería a la “prevención primaria”, ya que se refiere a todas aquellas medidas que se toman antes de que aparezca el problema, intentando evitar la aparición de potenciales desajustes sociales. Puede subdividirse, en primaria, cuando trata de mejorar en un nivel general las condiciones sociales y personales que envuelven al sujeto; y secundaria, trata de reducir a nivel más específico, los efectos que podrían derivarse de constelaciones de factores de alto riesgo. Por otra parte, en sus estrategias puede estar orientada a la socialización o a la situación, según se observe desde una dimensión global o situacional.

- Corrección preventiva: consiste en implementar medidas de intervención una vez que el problema se reconoce y diagnostica; se subdivide en primaria y secundaria, con equivalencia respectiva a las prevenciones secundaria y terciaria.

- Prevención individual: atiende a las características de un sujeto y dirige su esfuerzo hacia el desarrollo de capacidades y habilidades que resultan necesarias para su adecuada integración social. Sus destinatarios son personas en riesgo, sin que ello suponga inhibirse ante los factores contextuales, si bien admitiendo que unas personas tienen más probabilidades de ser afectadas por problemas que otras. En ocasiones ha sido nombrada como prevención personal.

- Prevención estructural: fundamenta las causas de los problemas sociales en las condiciones socioeconómicas, políticas y culturales en los que se desarrolla la vida cotidiana de cada sujeto, aunque su enfoque sea más impersonal; por esta razón centra sus actuaciones en las medidas político-sociales al objeto de cambiar actitudes y decisiones relativas a la prestación de servicios por parte de las organizaciones de la comunidad, sin renunciar a una transformación sustantiva del ordenamiento social.

- Prevención comunitaria: está concebida en función de todos los residentes en una determinada comunidad, que puede ir desde un barrio hasta el conjunto de una nación, procurando que todos los individuos sean destinatarios de la acción, independientemente de sus circunstancias actuales o de sus riesgos personales.

- Prevención tipo “milestone”: se dirige a personas que son definidas atendiendo a su desarrollo evolutivo, sea desde una perspectiva psicobiológica o social. En este tipo de prevención es la etapa o el hito vital al completo la que se identifica como factor de riesgo, más que individuos particulares.

- Prevención de alto riesgo: se centra en colectivos que se consideran vulnerables o que se encuentran en situaciones de riesgo, ya sea por sus circunstancias sociales o por sus patrones conductuales: por ejemplo, los niños de padres drogadictos o alcohólicos.

⁶⁸³ IDEM.

desvelar realidades problemáticas y mediar en la garantía de los derechos sociales, con propuestas que implican afirmarla como un referente más del cambio social. En las sociedades modernas del bienestar, las tareas y funciones de la pedagogía social deben interpretarse dentro del contexto de la *política de modernización social*; y ésta se orienta según los objetivos globales de armonización de los espacios vitales (supresión de disparidades territoriales) y de la comparabilidad de las oportunidades biográficas (igualdad de oportunidades): participa en la tarea de asegurar la “normalidad”, establecer compensaciones a ella o en caso necesario reforzarla. En este sentido no es imaginable una tarea preventiva que no sea pensada también en términos pedagógico-sociales, sobre todo a nivel primario y comunitario. Esto implica, subraya el autor, que la pedagogía social, al igual que el trabajo social han de cambiar el acento de sus actividades hacia ofertas abiertas, preventivas, a la creación de servicios de asesoramiento socio pedagógico en lugar de intervenciones represivas y de control; con ello su aportación socializadora repercutirá también en las posibilidades de legitimación de los profesionales y de las políticas. Es precisamente ahí donde se sitúan los educadores y los pedagogos sociales en el trabajo con los menores. El objetivo es “agotar en la etapa infantil todas las opciones educativas y sociales que puedan evitar la mediación de controles más represivos”.⁶⁸⁴

Como misión educativa y social de la que también participan otros profesionales y áreas de conocimiento, continúa el autor, la prevención debe formar a los ciudadanos en la expectativa de un cambio de actitudes, para el que la cultura del bienestar compartido y su proyección en la calidad de vida de todas y cada una de las personas, deben constituirse en objetivos irrenunciables. Esto depende de que las actuaciones preventivas tomen en consideración pautas y criterios de intervención pedagógico-social plurales y alternativos, más desde una perspectiva complementaria que excluyente: actuaciones informativas e instructivas, de motivación y persuasión, de asesoramiento y apoyo, orientadas a estilos de vida y al desarrollo de habilidades de convivencia.⁶⁸⁵

Lo anterior, tomando en consideración, según FERNÁNDEZ-RÍOS, que “para la teoría y la práctica de la prevención resulta imprescindible poner de manifiesto la importancia del cambio social y la participación ciudadana”.⁶⁸⁶

Es por ello, que siguiendo a CARIDE GÓMEZ, no pueden pasarse por alto las aportaciones de distintos modelos o procedimientos disponibles para el cambio de

⁶⁸⁴ IDEM.

⁶⁸⁵ IDEM.

⁶⁸⁶ FERNÁNDEZ-RÍOS, Luis. **Manual de Psicología Preventiva. Teoría y práctica**, Siglo XXI, Madrid, España, 1994, p. 357.

actitudes, entre los que considera especialmente relevantes para la educación preventiva los que atienden a las siguientes denominaciones:⁶⁸⁷

- Modelo psicosocial de creencia de salud, en el que se supone que la conducta depende de dos variables principales: el valor que un sujeto da a una meta particular; y la estimación que ese mismo sujeto hace de la probabilidad de que una acción dada llevará a la consecución de dicha meta. En el contexto de las conductas relacionadas con la salud supone, al menos, el deseo de evitar la enfermedad, la creencia de que una acción de salud específica evitará sus problemas, además de la percepción de que es capaz de reducir las amenazas mediante actuaciones personales.

- Modelo de aprendizaje social, cuyos postulados remiten a un funcionamiento psicológico y conductual explicado en términos de la interacción recíproca y continua entre los determinantes personales y ambientales de cada sujeto: las personas no solo responden al medio sino que también lo crean.

En relación con la prevención, este modelo destaca la importancia de los procesos cognitivos en la adquisición, estabilidad o mutación de las conductas, así como también en la afirmación del papel activo de las personas al objeto de edificar o restaurar los ambientes más idóneos para el desarrollo de su vida cotidiana.⁶⁸⁸

- Modelo de acción razonada, fundamentado en la suposición de que los seres humanos actúan en función de sus creencias (conductuales y normativas) y de las informaciones que tienen disponibles. Los sujetos y el control racional que ejercen sobre su conducta ocupan un lugar central y activo, de tal modo que además de tener la habilidad y el conocimiento necesarios para hacer algo, tenga la voluntad suficiente para llevarlo a cabo.

- Modelo de competencia personal y social: se basa en la capacidad que tienen los sujetos para comportarse de forma adecuada en las relaciones y situaciones interpersonales. Incluye un conjunto amplio de variables, tales como el autoconcepto, la autoestima, el autocontrol, la sociabilidad, la empatía, el estilo atribucional, el dominio de estrategias para solucionar problemas, la conducta socialmente habilidosa o suficientemente entrenada en habilidades sociales, etc.

En esta perspectiva los sujetos asumen su condición de agentes activos ante sus circunstancias de desarrollo y ambientales, ya que la competencia incluiría actividades selectivamente dirigidas a interactuar con el entorno.⁶⁸⁹

⁶⁸⁷ Cfr. CARIDE GÓMEZ, José Antonio. op.cit., pp. 35 y ss.

⁶⁸⁸ ÍDEM.

⁶⁸⁹ ÍDEM.

- Modelos comunitarios, de cooperación social o de redes de apoyo: remiten la prevención a la ayuda recibida por un sujeto, o grupo de sujetos, por parte de algunas personas o instituciones de su entorno social. En su definición confluyen las características de las personas, las coordenadas físico-sociales y las condiciones macroestructurales. Respecto de la prevención, estos modelos inducen a observar los problemas en su contexto ecológico amplio, con perspectiva socio histórica y solidaria: la prevención servirá para activar los lazos que generan el sentimiento comunitario, la provisión coparticipada de soluciones a los problemas y, en su sentido más sugerente, la oportunidad de construir realidades sociales progresivamente más saludables.⁶⁹⁰

En relación a la infancia y a una concepción integral de la prevención, tema que nos resulta también del mayor interés, CARIDE GÓMEZ argumenta que los anteriores modelos, en su conjunto, insisten en reivindicar el protagonismo de la educación y de los educadores, en cuya tarea depositan una gran confianza; no tanto por lo que se ha hecho, como por lo que potencialmente podrá y debe hacerse, a través de programas, iniciativas o servicios que tomen en consideración las siguientes líneas de intervención.⁶⁹¹

a) Revisión de los contextos educativos escolares, creando entornos que permitan generar en los menores relaciones interpersonales positivas: atmósfera de grupo, sentimientos de comunidad, habilidades de convivencia y de toma de decisiones, actitudes cooperativas y tolerantes, competencia individual para la interacción, estructuración de las posibilidades de participación, apoyo al rendimiento, reconfiguración de los contenidos curriculares, etc.

b) Potenciación de los contextos educativos familiares y comunitarios, lo que supone educar a las familias y a las comunidades en relación a diferentes problemas (de salud, de drogodependencias, de inadaptación y marginalidad, conductas violentas, etc.), modificando las actitudes y prejuicios que suelen conllevar, además de motivar a movilizarse para prevenirlos. Las actividades vinculadas al tiempo libre, los talleres de expresión, las actividades de animación y promoción infantil, el trabajo en las calles y plazas, el deporte y los juegos, dan idea de tiempos y espacios en los que puede concretarse la posibilidad de ofrecer a la infancia modos de manifestar sus deseos, motivaciones, dificultades y problemas. Y, a través de las oportunas redes de socialización, de educarse en la prevención de sus riesgos.

c) Actuación corresponsable de los sistemas de comunicación e información de masas, entre los que ocupan un lugar relevante los medios televisivos e informáticos. Comprometer sus actuaciones no sólo con campañas de divulgación

⁶⁹⁰ IDEM.

⁶⁹¹ IDEM.

o con procesos de conocimiento de problemáticas sociales, sino de remitir sus iniciativas a modos alternativos de construir las noticias, de generar opiniones y carencias, o de mediar en la interiorización de conductas mediante la publicidad o las simulaciones.⁶⁹²

En esta tesitura, FERNÁNDEZ-RÍOS señala que “la publicidad se utiliza más para dominar y esclavizar a los individuos a nuevas necesidades, que a crear estilos de vida sanos (...) además, las campañas de prevención no llegan a todas las personas con las mismas probabilidades de éxito”.⁶⁹³

d) Implicación decidida de los poderes públicos y de las instancias políticas, a las que resulta exigible capacidad legislativa, de supervisión y control democrático de diferentes actuaciones que tienen como soporte las Organizaciones Internacionales y de las Administraciones públicas en sus diferentes niveles. A los responsables de la gestión ciudadana, representantes de la sociedad civil y de su vitalidad colectiva, competen tareas relativas a la elaboración de normas preventivas y a la evaluación de su cumplimiento, la promoción de la prevención, la investigación y la vigilancia epidemiológica sobre accidentes o enfermedades, la observancia institucional de los riesgos sociales, la coordinación de funciones, etc.

Según sugiere CARIDE GÓMEZ, se transfieren a la educación responsabilidades que la imaginan en términos de un proceso que se extiende a lo largo de toda la vida, no solo a los espacios y tiempos escolares. Por lo tanto, añade, es una educación que admite concreciones y singularidades que se definen a partir de su consideración como una práctica social en la que participan diferentes actores sociales, con finalidades y valores que se reconstruyen permanentemente en la diversidad; y para la que hablar de la infancia y de sus educadores supone aludir a niños y niñas respecto de los que no es permisible que se siga incrementando su fragilidad social.⁶⁹⁴

A manera de conclusiones, CARIDE GÓMEZ puntualiza que en la prevención, como en toda acción social, anidan tensiones que se suscitan en el interior de sus propios éxitos y fracasos, de sus posibilidades y límites, de sus opciones de ruptura y de las barreras que debe salvar. Una encrucijada de alternativas, incongruencias y frustraciones tras varias décadas de búsqueda de soluciones que afronten con eficacia los riesgos que comporta el desarrollo humano, tanto en sus dimensiones personales como sociales.⁶⁹⁵

⁶⁹² IDEM.

⁶⁹³ FERNÁNDEZ-RÍOS, Luis. op. cit., p. 295.

⁶⁹⁴ CARIDE GÓMEZ, José Antonio. op.cit., pp. 38 y ss.

⁶⁹⁵ IDEM.

La prevención resulta, de tal suerte, un quehacer ligado a la construcción de la ciudadanía y a la reivindicación del derecho a una vida digna, en toda su extensión pero sobre todo en la infancia.

B. Modelos institucionales de tratamiento

Según apuntan Julia MOHEDANO SÁNCHEZ y José ORTEGA ESTEBAN, la consideración unitaria del hecho institucional para menores en dificultad social y menores infractores, entraña una peculiar problemática conceptual, disciplinaria y profesional de la educación social, de la Pedagogía Social Especializada y de la misma profesión del educador social.⁶⁹⁶

Durante los dos últimos siglos, señalan los pedagogos mencionados, se ha ido evolucionando, desde una falta de consideración de la diferencia de menores y adultos en los temas de desamparo y conflictividad social, hasta un tratamiento revuelto y confuso de menores desamparados con menores infractores. Durante mucho tiempo, el niño fue un adulto pequeño, que era tratado igual o de forma indistinta. Posteriormente, con la aparición diferenciada del niño y los estudios evolutivos de su personalidad, que descubren su progresivo pero lento desarrollo hacia la madurez mental y moral, debido a su edad y su inimputabilidad, a lo que se añadirían cambios culturales, sociales y económicos, surge la necesidad de un tratamiento diferenciado de los adultos, filantrópico y caritativo, pero exento de garantías jurídicas. Un niño podía estar en un correccional el tiempo que el arbitrio del juez impusiera. La falta de presupuestos y la consiguiente estructura institucional y de servicios sociales conducirían a la unificación de centros y tratamientos, con la correspondiente confusión y “contaminación” de tratamientos y conductas de unos menores con otros.⁶⁹⁷

Empero, para los especialistas, no se trata de separar tajantemente a la infancia en dificultad social de la infancia en conflicto social, de tal forma que se establezcan unas leyes separadas para unos y otros, sin conexiones ni relaciones, se segregue el paquete infantil infractor de la consideración general de las políticas integradas de la infancia de un Estado democrático, se elabore un tratamiento educativo totalmente distinto, se haga una Educación Social Especializada para la infancia infractora en exclusiva, y se establezcan instituciones y centros totalmente diferentes.

Es posible, agregan, compatibilizar una consideración conceptual, jurídica y social unitaria de la infancia en dificultad y en conflicto social, que no tenga que ser segregada jurídica o institucionalmente por el hecho exclusivo de haber

⁶⁹⁶ Cfr. MOHEDANO SÁNCHEZ, Julia y ORTEGA ESTEBAN, José. “Modelos Institucionales”. En ORTEGA ESTEBAN, José (coord.). op. cit., pp. 52-61.

⁶⁹⁷ ÍDEM.

actuado de una u otra manera en un momento dado y que unas determinadas leyes la envíen de una manera casi automática a unos determinadas instituciones con unos precisos y concretos procedimientos correctores o reeducadores, como medida sancionadora. Dada la inmadurez evolutiva psicológica y sociojurídica de todos los menores, así como la conveniencia de normalizar y compensar, las diferenciaciones deberían ser básicamente científicas y técnicas, debiendo sugerir, indicar e implementar, una vez establecidos los hechos, las garantías jurídicas correspondientes y las reparaciones a las víctimas, por los técnicos y educadores.⁶⁹⁸

Inclusive, insisten MOHEDANO SÁNCHEZ y ORTEGA ESTEBAN, puede estarse de acuerdo con la existencia de diversos centros o instituciones, con la diferenciación de colectivos de menores según edades, desarrollo psicológico, mental o moral, o también, según manifestaciones externas o conductas diferenciadas, pero todo ello desde una perspectiva “técnica”, “clínica”, terapéutica, psicológica o pedagógica, y no meramente jurídica.⁶⁹⁹

Según se afirma, el hecho institucional educativo cobra toda su fuerza con la Revolución francesa de finales del siglo XVIII; época en la que se plantea directamente la organización de un sistema nacional de educación, con dirección centralizada, estatal, laico, con tensión hacia la generalización. A partir de entonces, el objetivo de conseguir una progresiva y cada vez más amplia escolarización y, por tanto, una más amplia institucionalización de la educación, ha sido un objetivo encomiable a conseguir. Este objetivo ilustrado ha sido perseguido hasta nuestros días por todos los países y gobiernos que buscaban el desarrollo de sus pueblos. Conseguido en gran parte por los países más desarrollados del mundo, principalmente en Europa y Norteamérica, a mediados del siglo pasado entró en una severa etapa de crisis.

Es sobre todo a finales de la década de los sesenta, que se hace una fuerte crítica a todo tipo de instituciones, entre ellas las educativas; juzgándolas como mecanismos manipuladores, reproductores del poder político y económico de una típica sociedad burguesa y capitalista. Durante el “mayo del 68”, se preconizó la muerte de las instituciones, o cuando menos su profunda transformación.⁷⁰⁰

El caso de los centros de protección y los de reforma de menores, a juicio de MOHEDANO SÁNCHEZ y ORTEGA ESTEBAN, es especial; se trata de instituciones, que podrían llamarse, en cierto modo, básicas, antropológicas o naturales. No han nacido del tronco burgués de la educación formal sino de la necesidad de amparar, recoger, alimentar, cuidar y formar a niños que no tienen otro lugar donde estar o que no quieren o no pueden integrarse en la sociedad más común

⁶⁹⁸ IDEM.

⁶⁹⁹ IDEM.

⁷⁰⁰ IDEM.

por disfuncionalidades adquiridas en las fases más primarias de su desarrollo. Son instituciones que pertenecen a una línea más o menos continua que llaman “educación a lo largo de la vida”, en la que todos los hombres se ven sumergidos por el mismo hecho de ser naturalmente sociales y vivir en comunidad.⁷⁰¹

Es decir, se trata de “instituciones” a las que Ivan ILLICH, en su proclama por la desescolarización de la sociedad, llamaba “conviviales”⁷⁰² y que, en principio, no debieran haber sido manipulativas en el sentido de la crítica de la reproducción socioburguesa.

De tal suerte, prosiguen MOHEDANO SÁNCHEZ y ORTEGA ESTEBAN, que sobre estas instituciones no debe caer el peso de la crítica de las instituciones pertenecientes a los “sistemas nacionales de educación” que desde la Revolución francesa tuvieron una clara intencionalidad política y reproductora de los intereses sociales y políticos de la burguesía. A las instituciones de “protección” y “reforma” se les podrá acusar de marginadoras, segregadoras, inhóspitas, frías, represoras, pero no de pertenecer a las instituciones reforzadoras o instrumentales de la sociedad burguesa ilustrada y postilustrada, al menos no directamente. Simplemente a esa sociedad no le han interesado, las ha negado, las ha ocultado como no suyas, se ha avergonzado de ellas, las ha abandonado a su suerte, las ha relegado a los organismos sancionadores, al caritativismo limosnero o al mero filantropismo, en el mejor de los casos. Ni los individuos internos en ellas ni ellas mismas podían entrar en el noble sistema de la educación “reglada”. Lo más que se esperaba de ellas es que no estorbaran al sistema en general o a los mismos sistemas nacionales de educación.⁷⁰³

De acuerdo con lo señalado por los autores aludidos, las instituciones que se han ocupado de la protección y atención a la infancia y juventud en dificultad y en conflicto social a través de los tiempos, han sido el reflejo de su contexto socio histórico. En tiempos de indiferenciación del niño y del adulto, a veces, a partir de iniciativas de orientación caritativista y religiosa, algunos niños se libraban del desamparo total o de la cárcel al ser ingresados en orfanatos, casas de pobres, casas de recogida, casas de beneficencia, hospicios, asilos de niños, casas de misericordia, entre otros lugares en los que, si bien se daba en ellos un régimen disciplinario estricto, no solían tener un carácter correctivo. Eran conducidos a estos lugares niños huérfanos, abandonados, vagabundos, menesterosos; aunque en muchos casos no estaba clara su situación, tratándose de lo que hoy en día se llama niños en riesgo, en desamparo o en dificultad social. En el caso de “ladronzuelos” o “delincuentes”, hasta muy entrado el siglo XIX en Europa y

⁷⁰¹ IDEM.

⁷⁰² ILLICH, Ivan. **La sociedad desescolarizada**. Joaquín Mortiz, México, 1985. p. 76.

⁷⁰³ Cfr. MOHEDANO SÁNCHEZ, Julia y ORTEGA ESTEBAN, José. op.cit., pp. 52-61.

también en España, en general, eran conducidos a las cárceles comunes con los adultos.⁷⁰⁴

No es sino tiempo después, cuando se empiezan a crear leyes en las que se disponía conducirlos a establecimientos específicos, llamados correccionales y reformatorios, que en muchas ocasiones eran sólo secciones habilitadas en las cárceles comunes, parcialmente separadas para menores. La palabra reformatorio, en desuso y sustituida desde mediados del siglo pasado es un término no técnico, pero todavía coloquial para referirse a los establecimientos en los que por medios educativos más o menos severos se trata de modificar la conducta conflictiva o agresiva de niños y, sobre todo, de adolescentes menores de edad penal.⁷⁰⁵

En España, según refieren MOHEDANO SÁNCHEZ y ORTEGA ESTEBAN, a partir del Decreto de 2 de julio de 1948, relativo a los Tribunales Tutelares de Menores, que establecen una doble facultad “protectora” y “reformadora”, se hablará de centros de protección, por un lado, y de centros de reforma, por otro. Todos ellos, en general, de carácter nacional o regional y dependientes del llamado Consejo Superior de Protección de Menores, con sede en Madrid y en el ámbito del Ministerio de Justicia. Existían también las llamadas Casas de Observación, de carácter provincial, en las que se juntaban todo tipo de niños y jóvenes, tanto de protección como de reforma de la zona provincial, “mientras eran observados”, situación que podía durar hasta que cumplieran los 16 años o hasta que, por su conducta especialmente díscola o agresiva, que les tipificaba como “caracteriales”, eran enviados a los centros de reforma regionales o nacionales o, durante algunos años, al más especial de ellos y en principio de más rigor y disciplina, que era el “reformatorio de difíciles de España”, situado en Salamanca y que se llamaba “Casa Hogar San José”. A partir de la aprobación de la Constitución española de 27 de diciembre de 1978, asumido el principio “del interés superior del niño”, firmados los convenios de “Derechos del niño”, legal y conceptualmente han cambiado las cosas.⁷⁰⁶

Empero, estiman los autores, da la impresión de que la búsqueda de alternativas a la institucionalización conduce a la burocratización y labores de despacho de la protección y atención al menor, pasando a un segundo plano la actuación directa y cotidiana con los menores con problemas. Actuación que en definitiva se acaba sustanciando en instituciones del tipo que sean. La desinstitucionalización, privatización y voluntarización de los servicios sociales y de atención a la infancia y juventud, mal entendidas, pueden ocultar una cierta dejación de responsabilidades de la Administración y del cuerpo social, que abaratando costes, por sistemas de subcontratación, acaba llevando las cosas a

⁷⁰⁴ IDEM.

⁷⁰⁵ IDEM.

⁷⁰⁶ IDEM.

una notable descoordinación, disfuncionalización y actuaciones estéticas y alternativas, aunque teórica y técnicamente justificadas, ineficientes para los menores en cuestión.

Así las cosas, expresan MOHEDANO SÁNCHEZ y ORTEGA ESTEBAN, es difícil encontrar un libro que se ocupe de los centros de acogida y protección, de los centros en donde están los menores infractores. A estos últimos, difícilmente se les encuentran “alternativas” que les acojan. Nadie habla de los educadores de estos centros, de lo que pueden o deben hacer, de sus perentorios problemas, de los planteamientos y modelos conceptuales en los que puedan iluminar sus actuaciones, sus métodos de tratamiento, sus estrategias educativas. Nadie parece decir nada de la gestión de la vida cotidiana de estos lugares y de las vidas de los menores. Esas instituciones existen, aunque se quieran ocultar más o menos conscientemente y los poderes públicos en España tiendan a quitarse este pesado “lastre” para optimizar recursos y tratamientos en manos más baratas y voluntariosas, en todo caso, privadas. La existencia real de estos centros deben su voluntariosa y precaria situación a que dependen de la voluntad caritativa privada y a algunas ayudas públicas; y como consecuencia de ello, ahora existen muchos más niños abandonados y desamparados, niños con conflictos, que antes de que surgieran los programas comunitarios o preventivos generales y las alternativas. Los fenómenos de fragmentación social y familiar, no auguran ninguna mejoría numérica al respecto. Ni siquiera la caída demográfica. Estos menores existen y como entes físicos ocupan lugar y tienen necesidades vitales, precisan de atención y tutela y de una adecuada formación; además, por supuesto, de contar con los efluvios generales de las intervenciones comunitarias, preventivas y ambientales.⁷⁰⁷

En esta tesitura, se menciona que “no por el mucho planificar y dirigir planes comunitarios preventivos o de intervención pedagógica desde los despachos se evitará el tratamiento institucional y cotidiano con los niños y jóvenes con problemas delincuenciales. La macroestructura comunitaria no puede sustituir a la cocina de la vida comunitaria de los educadores en los nuevos “reformatorios”, en los pisos, en las casas, colegios o comunidades, etc.”.⁷⁰⁸

Siguiendo a MOHEDANO SÁNCHEZ y ORTEGA ESTEBAN, una institución, evidentemente no masificada, de grupo pequeño, adecuadamente conformada desde el punto de vista pedagógico, puede ser un inmejorable instrumento de socialización e integración social, sobre todo para los que carecen de familia o son rechazados por ella. Puede ser el espacio en el que la educación social pueda encontrar un adecuado despliegue. Una institución así puede crear el colectivo próximo que toda persona precisa para desarrollarse y construirse como tal.

⁷⁰⁷ IDEM.

⁷⁰⁸ ORTEGA ESTEBAN, José. **Delincuencia, Reformatorio y Educación liberadora**. ED. Amaru, Salamanca, España, 1987, p. 10.

Aunque, entre psicólogos, pedagogos, no suela haber demasiado entusiasmo por los efectos positivos de la institucionalización de menores, incluso de menores infractores o “delincuentes”, con todo hay indicadores de que en muchos casos es o puede ser adecuada.⁷⁰⁹

De aquí, que se mencione el pensamiento de Bruno BETTELHEIM⁷¹⁰, para quien el verdadero problema no radica en si un niño debe vivir o no en una institución, sino en si esta es la conveniente para ese sujeto y su peculiar caso y circunstancia. El problema viene, no tanto del hecho institucional en sí, cuanto de las cualidades, propiedades y características de la institución y de la conveniencia para el niño o joven en cuestión en su concreta situación. En muchos casos es inevitable e incluso necesaria, al menos durante corto plazo. Muchas veces están en total desamparo, son maltratados por sus progenitores, no tienen progenitores o teniéndolos, no son aceptados o recibidos por ellos, pueden ser circunstancial y momentáneamente muy agresivos, con otros o consigo mismos, etc.

En síntesis, afirman MOHEDANO SÁNCHEZ y ORTEGA ESTEBAN, no hay razón para creer que una buena institución no pueda proporcionar las experiencias positivas necesarias para contrarrestar y combatir las influencias perjudiciales que llegan al niño desde su propia vida pasada. Empero, como cualquier otra plataforma educativa, si bien puede educar, también puede producir efectos no deseados o perniciosos; uno de ellos es el llamado hospitalismo psicológico; el cual consiste en una deficiencia emocional del niño que ha vivido durante largo tiempo en una estructura institucional, falta de relaciones significativas y continuas que han empobrecido su personalidad. Este problema también ha podido surgir en una familia desorganizada o en un hogar adoptivo con las mismas características.⁷¹¹

Así, apuntan, si el marco de referencia de un niño consiste en normas y reglamentos despersonalizados puede convertirse en un autómatas al adaptarse a estos pasivamente. No puede tomar decisiones independientes y no necesita hacerlo, porque su existencia física está completamente protegida y cuidada y se le han programado todas las actividades. Su enfrentamiento con la realidad no cubre la variedad de condiciones que se encuentran en la vida. Este niño, por lo tanto, vive emocionalmente aislado y físicamente distante de los adultos. Aún donde hay algún vínculo cercano con estos, la intimidad no promueve el desenvolvimiento de la personalidad del niño, si no están presentes las características significativas de las relaciones normales entre padre e hijo. Porque sin un conocimiento del adulto, el niño está privado de la oportunidad de identificarse con los adultos, de emular su mayor integración y de desarrollar

⁷⁰⁹ MOHEDANO SÁNCHEZ, Julia y ORTEGA ESTEBAN, José. op. cit., p. 61.

⁷¹⁰ Cfr. BETTELHEIM, Bruno. **Fugitivos de la vida**. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, Argentina, 1976, p. 33.

⁷¹¹ MOHEDANO SÁNCHEZ, Julia y ORTEGA ESTEBAN, José. op. cit., pp. 54 y ss.

ideales más maduros de su ego. Tampoco puede formarse un concepto de la coherencia de la vida o de la organización racional del tiempo, del espacio y de la personalidad y no tiene el sentido de la profunda lógica de los hechos. Para él, un día es como cualquier otro; como algunos de estos niños nos han dicho, para ellos 'todo es igual'.⁷¹²

De tal suerte, apuntan MOHEDANO SÁNCHEZ y ORTEGA ESTEBAN, que hay peligro de que en una institución, gestionada de oficio, muy formalizada, los adultos sean vistos con frecuencia más como funciones que representan que como personas con las que establecer una relación. Si, por otra parte, estas instituciones están masificadas, el peligro del llamado hospitalismo es grande.⁷¹³

Para ilustrar la aplicación práctica de algunos de los principios anteriormente explicados, MOHEDANO SÁNCHEZ y ORTEGA ESTEBAN brindan un ejemplo de una experiencia concreta, con menores infractores, en la que estuvieron implicados^{714 715}.

⁷¹² IDEM.

⁷¹³ IDEM.

⁷¹⁴ IBIDEM, pp. 59-61.

⁷¹⁵ *Una experiencia institucional concreta.*

Modelo de desarrollo

No resulta tarea fácil dar cuenta en un espacio reducido de una experiencia educativa tan intensa y compleja, como fue la llevada a cabo por un equipo de educadores (tres pedagogos, un psicólogo, un profesor de EOB y un carpintero) en el reformatorio de Tejares (Salamanca).

Bajo los eufemismos de «Centro de Reeducción de la Conducta San José» o «Casa-Hogar San José», se encubría el centro de «difíciles» de España. Algo así como la antes ala de las cárceles de Carabanchel o la Modelo de Barcelona o una sala de desahuciados. Un edificio enrejado en condiciones aceptables, unas buenas instalaciones escolares y deportivas, un taller de electricidad mal equipado, a las afueras de Salamanca, junto a un barrio-pueblo, pueden considerarse las circunstancias más notables. Niños, en general, sin familia, machacados, zarandeados de uno a otro reformatorio, tenidos por sin remedio, «reeducados» en estructuras básicamente represivas, carentes de libertad, carentes de afectos (...)

Pensábamos que la sociedad generadora de aquellos muchachos estaba montada en líneas generales sobre bases injustas que podrían concretarse, entre otras, en la no justa distribución de la renta, la cultura y la educación. Veíamos que estas estructuras segregaban como producto específico zonas depauperadas en las grandes ciudades con difícil acceso a una vida digna, a la cultura y a la educación. Enraizada en esta organización social estaba el problema familiar con los agravantes de separación, desaparición, desintegración, ambientación difícil para el normal desenvolvimiento de la formación de los hijos.

Estos muchachos, pues, no surgían por casualidad, eran un subproducto difícil de evitar, dadas las circunstancias socioestructurales vigentes; formaban un claro grupo marginado. Su agresividad, su conflictividad emanaba en gran parte de forma natural de la situación social y afectiva en que estaban inmersos. No eran admitidos en la sociedad «normal» y ellos, en su desesperación más o menos consciente, reaccionaban agresivamente contra ella. Nuestro intento debía alejarse de toda concepción que supusiera una simple adaptación a la sociedad tan poco encomiable que los había engendrado. Deberíamos formar en ellos líneas de reflexión crítica en relación con esa sociedad, hacerles conscientes de las auténticas causas de su postración. Esto sería precisamente una posición auténticamente socializadora y «terapéutica» y hasta enraizadora de motivaciones sociales y altruistas.

Si a esto añadimos una serie de consideraciones, mitad sentido común, mitad pedagógicas, como por ejemplo: que la educación es un riesgo o no es tal, que el movimiento se aprende andando, esto es, que sólo se aprende a vivir libre en la libertad, que, si realmente queríamos educar, el centro no podría ser una cárcel, que debería ser una auténtica casa familiar o parafamiliar en la que los conflictos que habían generado su estado, en gran parte, fueran no sólo olvidados, sino también suplidos por sus contrarios, etc., se pueden comprender los objetivos que nos propusimos. Pensábamos que un centro de las características del nuestro debería tratar de cumplir básicamente los siguientes objetivos:

- 1. Llevar a cabo una acción social. La mayoría de los niños pertenecían a las clases más pobres de la población.*
- 2. Cumplir con una suplencia familiar. Estaban fuera de la familia y con frecuencia carecían de ella.*
- 3. Realizar una acción educadora y liberadora, formar en ellos esquemas de autocontrol y procurar o facilitar su instrucción y formación profesional.*
- 4. Operar una acción socializadora, forjar en ellos esquemas de convivencia, críticos y responsables.*
- 5. Proporcionar una acción y ambiente psicoterapéutico, ya que gran parte de los muchachos tenían un elevado grado de neuroticismo y, en algún caso, estados psicóticos graves.*

Se comprende que estos objetivos generales se concretaban en otros más inmediatos, que iban desde garantizarles una nutrición abundante hasta procurar encontrarles un lugar y un trabajo donde seguir su vida una vez cumplidos los 16 años.

(...)

C. Fases y evolución de la dinámica del centro

(...)

1ª fase de acoplamiento y captación

Fueron unos 15 días arduos y angustiosos.

Nuestra entrada no fue paulatina. Salieron nuestros predecesores, un grupo de religiosos, entramos nosotros, un matrimonio, dos niños pequeños y tres educadores. El centro nos era extraño, los muchachos, también, la extrañeza era mutua. Desconfiaban de nosotros, nos decían que habían sufrido muchos cambios y que todos habían sido a peor. Nos probaban. Comprendimos que a nadie se le puede educar teniéndole encerrado. Así habían estado. Abrimos las puertas. No se lo creían. Se escaparon todos, menos uno. Nunca comprendimos por qué no se fugó. Los Tribunales de Menores y la policía nos los fueron reintegrando. Nos fueron conociendo. Nos hicimos con el territorio y el problema. Comenzaron poco a poco a comprender.

2ª fase: Creación de un ambiente familiar y acogedor

Si se fugaban, sus razones tendrían. Escuchando y analizando su historia se descubría que, al margen de nuestra personal opinión de la familia triangular, aquellos muchachos no sólo habían carecido de la hospitalidad y afectos de la familia, sino que la añoraban. Creímos, pues, conveniente tratar de dar forma a una «familia» amplia, abierta y colectiva. Vivíamos todos en el mismo lugar, comíamos lo mismo y en el mismo lugar.

Todo estaba abierto a todos, todo era común: sala de estar, televisión...

Se podría afirmar que en un mes esta situación estaba creada. Fue muy curioso descubrir cómo aquellas paredes desnudas y frías de sus habitaciones fueron llenándose de motoristas, coches, carteles. Cambiaron los muebles, pintaban las paredes... Nadie les movió a ello. Aquella casa grande empezaba a ser su casa. Pensaban quedarse. Así fue. Sólo se fugaban los nuevos. Los veteranos, si se marchaban, volvían solos al día siguiente o a los pocos días.

3ª fase: Desmantelamiento total del sistema carcelario y de la obsesión de las fugas.

Pronto se vio que el entorno de la casa no era suficiente para unos muchachos con una edad media de 15 años. A los educadores nos pasaba lo mismo. Se organizaron salidas a la ciudad. En un principio en compañía de algún educador. Salidas al cine, salidas a una piscina climatizada, excursiones a los pueblos cercanos. Se organizaron partidos de fútbol con muchachos de otros colegios de la ciudad. Comenzaron las salidas voluntarias entre clases, en los recreos, al pueblo-barrio de Tejares. Todos los que tenían donde ir, marcharon de vacaciones de Navidad. Nadie se

quejó de su comportamiento, todos volvieron, ellos solos, los muchachos más peligrosos y delincuentes de España.

Más de dos meses sin fuga alguna, ni hecho «delictivo». Hasta aquí, se podía decir que un sistema abierto era ya, de hecho, al menos tan eficiente como un sistema cerrado y que muchas carencias y dolores eran totalmente inútiles e insensatos.

4ª fase: Etapa de afianzamiento y educación

Nos empezó a preocupar seriamente su preparación para la vida, su instrucción, su educación sistemática. Comenzamos a controlar el aprendizaje escolar, los métodos y la orientación en clase. Perfeccionamos el taller de electricidad e iniciamos el montaje de uno de carpintería. Pedimos una maestra (la ampliación de la referencia femenina era necesaria) para llevar a una enseñanza más individualizada. Se organizaron reuniones semanales. En ellas se discutían los problemas del centro, las actividades, las normas...

Mas, algo vino a trastornar esta etapa constructiva: nos empezaron a llenar la casa de muchachos. En menos de 3 días llegaron 5 muchachos. El grupo del centro no pudo asimilarlos. La variable cantidad había trastornado la calidad.

Surgieron problemas. Empezamos a salir en los periódicos de la ciudad. Los «antiguos» siguieron su cauce de perfeccionamiento; los nuevos, al formar grupo, al no ser asimilados, deberían seguir las mismas etapas que los anteriores.

5ª fase: Preocupación intensa por crear en los muchachos esquemas de autocontrol

Poco a poco se fueron creando por secciones grupos con vida interna (colectivos) con fórmulas autogestionarias. Era ya por el séptimo mes de la experiencia. Se organizaron reuniones por secciones y generales; en ellas se discutían todo tipo de problemas, había nombramientos democráticos de responsables. Todo se decidía en común, todos se obligaban a respetar las normas que emanaban de la reunión, todos, hasta el último muchacho venido al centro, tenían un voto.

Se procedió a que por la tarde cada uno escogiera libremente una actividad: en el taller de electricidad, en carpintería, lectura, estudio, en el huerto, en el picadero de caballos que entonces limitaba con el centro.

6ª fase: Comunicación y relación del centro con la comunidad local e inserción de los muchachos en sociedad

Nuestras relaciones con el pueblo-barrio cercano de Tejares no siempre fueron cordiales.

Existían recelos, prejuicios y algún esporádico mal comportamiento de los muchachos. Alguna parte de la prensa tampoco comprendió. Nos fuimos dando cuenta de que había que educar a otros muchos, además de aquellos muchachos, y aun más que a ellos; de que otras estructuras deberían ser remodeladas previa y simultáneamente; de que todo formaba parte de un todo; de que no podíamos ser un oasis educativo. Demasiadas cosas, tales que, apoyadas por las «razones» conyunturales [sic] de una riada que destruyera las tapias y la parte baja del centro y otras lides, darían más tarde al traste con nuestra experiencia y esfuerzo.

La comunicación con el entorno social era un factor capital, como elemento socializador y porque, en definitiva, los muchachos no podían estar eternamente en el centro. El problema no era ya que se fugaran, sino que no querían irse ni vacaciones, ni cuando cumplían los 16 años. La situación era grave. Oficialmente no había nada previsto y la aceptación de las familias era en muchos casos dudosa. En Salamanca era imposible encontrar trabajo para ellos.

RESULTADOS

Acaso no se pueda hablar de resultados estrictos al final de una experiencia abortada que duró un curso académico. Se podrá hablar de resultados parciales, de resultado en camino...

- Durante 10 meses, unos más, otros menos, 49 muchachos a los que la vida les había negado todo fueron tratados como personas, con dignidad, con afecto, fueron felices, tuvieron una oportunidad, conocieron la esperanza.

- Desaparición casi total de las fugas entre los que permanecían más de 15 días en el centro.

- Demostramos que, exceptuando alguna llamativa excepción, aquellos muchachos eran capaces de vivir en libertad.

De dicha experiencia se extraen diversas conclusiones de gran valor:

-Que la educación solo es posible en un clima de libertad puede ser una de las consideraciones más notables, además de pertenecer al sentir común de la pedagogía.

- Que la educación es un riesgo, o no es tal, es algo particularmente claro en este tipo de educación especializada y se deduce, en parte, de la anterior consideración. La libertad implica riesgos y la educación debe respirar en la libertad.

- La imaginación a la educación, especialmente, en una educación tan compleja. En un sistema abierto, las neuronas de los educadores no tienen descanso, en un sistema cerrado no se necesitan educadores, sólo cerrojos.

- La buena voluntad, el estar en el problema de los muchachos, es condición previa, pero no suficiente. Se necesita ser técnico en educación, pedagogo, psicólogo, psiquiatra, trabajador social.

- Para tranquilidad de conciencia de quien corresponda, no podemos obviar decir que con una adecuada educación, medios “técnicos” y científicos, dando una consideración de riesgo aceptable a una educación abierta (igual que se acepta una central nuclear o química), gran parte de ellos son recuperables para la convivencia en comunidad.

- En estas casas de educación especializada y con muchachos tan complejos debe evitarse la masificación. Más de 15 muchachos es inviable educativamente.⁷¹⁶

III.- MODELOS INTEGRADOS EN LA EDUCACIÓN SOCIAL ESPECIALIZADA

Según refiere Violeta NÚÑEZ, la educación especializada es una práctica cuya historia se remonta, en Europa, a finales de la Segunda guerra mundial. Las grandes transformaciones en lo social, político, económico y cultural hacen necesaria una reflexión profunda acerca del concepto mismo de educación especializada. La Pedagogía Social es la disciplina que tiene por objeto de estudio a la educación social. La Pedagogía Social se ocupa de:⁷¹⁷

- Estudiar los modelos vigentes de educación social.
- Someter esos modelos a crítica.

- *Conseguimos una palpable desaparición de la agresividad y neuroticismo en los muchachos.*

- *Logramos que desapareciera el Centro de Dificiles de España y cuestionar muchos procedimientos como inútiles y no educativos.*

⁷¹⁶ IBIDEM, p. 61.

⁷¹⁷ Cfr. NÚÑEZ, Violeta. “Modelos Integrados. Modelos ¿Integrados o articulados?”. En ORTEGA ESTEBAN, José (coord.). op. cit., pp. 62-68.

- Elaborar y proponer nuevos modelos de educación social, así como nuevas articulaciones políticas y técnicas de los mismos.
- Anticipar los efectos sociales que la aplicación de esos modelos puede producir.

Por educación social especializada, la autora en comento entiende una práctica educacional que trabaja sobre lo que lo social define como problema. Esto es, trabaja en territorios de frontera, de contornos borrosos, entre lo que en cada momento separa adaptación-inadaptación social, problema (vulnerabilidad)-peligro (riesgo) social. La definición de problema social cambia en cada momento histórico. La educación social llamada especializada, desde las diversas prácticas que configuran su campo, ha contribuido, en distintos momentos, a cuestionar las prácticas de exclusión social. Pero también, en ciertos momentos, ha contribuido a legitimar ciertos efectos de exclusión y de estigmatización social. Estos son los riesgos si no se somete, a sus conceptos y a sus prácticas, a la reflexión crítica.⁷¹⁸

Apunta Violeta NÚÑEZ que la educación especializada en Francia (donde esta denominación tiene su origen) proponía -hacia 1945- la atención de jóvenes delincuentes y de niños y jóvenes inadaptados, así como la atención de las personas con disminuciones psíquicas y/o físicas. En el modelo educacional francés que se establece a partir de la posguerra, lo especializado es aquello que queda fuera de la cualificación profesional, comparable con la noción de idóneo en castellano.⁷¹⁹

Así, la invención de la figura del educador especializado va a ofrecer una doble ventaja: asegurar, por un lado, la atención de jóvenes cuya marginalidad es considerada un factor de desorden social y, por otro, posibilitar ocupación a otros jóvenes -los educadores especializados- cuya situación laboral sería, de lo contrario, preocupante.

El surgimiento en Francia de esta nueva figura profesional, sigue NÚÑEZ, representa la reconversión del discurso benéfico asistencial de los sectores católicos, en concordancia con la propuesta entonces emergente del Estado del bienestar. Para ello crean sus propias escuelas de formación de educadores especializados. Pero la propia denominación de *educador especializado*, conlleva una serie de paradojas: queda fuera de la formación sistemática, no puede ser comparado con el resto de los profesionales: su sueldo es bajo, es un práctico que realiza lo que otros profesionales le encomiendan. Así, el énfasis se colocará del lado de las aptitudes personales, no del lado de la necesidad de una sólida formación.⁷²⁰

⁷¹⁸ IDEM.

⁷¹⁹ IDEM.

⁷²⁰ IDEM.

En la actualidad, los cambios operados en la estructura social han modificado las nociones en este ámbito.

Haciendo mención de Alain TOURAINE, NÚÑEZ señala que desde hace ya un cuarto de siglo estamos pasando de economías nacionales de producción, en el sentido de proyectos globales de modernización nacional, social y económica a una adaptación de cada país, pero también de cada empresa, a mercados mundiales cada vez más abiertos, con competidores numerosos y sujetos a innovaciones tecnológicas constantes. Es el paso de unos sistemas político-económicos nacionales a una economía mundial. Esta mundialización del mercado y de la producción se traduce en una serie de exigencias que son planteadas a cada país en términos de eliminación de la inflación, reducción del déficit fiscal, incremento de las exportaciones, dominio y desarrollo de las nuevas tecnologías y, por tanto, elevación de los niveles de educación e investigación.⁷²¹

El riesgo ante estos cambios, prosigue la especialista, es desentenderse de los mismos, pretextando que son meros efectos del discurso neoliberal. El problema del neoliberalismo es suponer que los cambios que efectivamente se están produciendo, como el aumento de los intercambios mundiales, el papel de las nuevas tecnologías y la multipolarización del sistema de producción constituyen un sistema mundial autorregulado. Esto le permite reclamar la liberalización de la economía respecto a los controles políticos: ya no es necesario el Estado, la economía se regula sola, mediante las leyes de oferta-demanda del mercado. Economía que, por otra parte, queda en realidad reducida a la instauración de redes financieras internacionales.

El desarrollo económico y social, argumenta NÚÑEZ, requiere de inversiones a largo plazo, de una política de redistribución socialmente más equitativa, del aumento del nivel de vida, de la integración y la justicia social. Apoyándose en los teóricos de este proceso, como TOURAINE, CASTELLS, DANIEL o WACQUANT, apunta que se requiere la movilización de recursos cada vez más diversos: educación, gestión pública y privada, movilidad de los factores tecnológicos y de los sistemas de comunicación pero, y sobre todo, la salvaguarda de los equilibrios sociales amenazados con divisiones cada vez más profundas allí donde se permite crecer las desigualdades o los conflictos entre categorías sociales que emergen como producto de las nuevas lógicas de segregación.⁷²²

Así, el desafío de lo social, continúa NÚÑEZ, pasa hoy por una encrucijada. Por un lado, un futuro de la atomización social en grupos y asociaciones de todo tipo, en una fragmentación social de las pequeñas diferencias que no cesa de aumentar, dado que se reduce a una racionalidad instrumental. Esto pone en entredicho la cohesión social. Por otro lado, se cierne la amenaza de los flujos

⁷²¹ IDEM.

⁷²² IDEM.

económicos que escapan a todo intento de control político o social; capaces de pulverizar desde la virtualidad de su lógica especulativa, tanto bolsas de valores como tejidos sociales trabajosamente configurados. Desde esta consideración, el futuro inmediato se plantea como paradoja entre una economía mundializada y una fragmentación de las culturas. Pareciendo ambas cuestiones capaces de escapar a todo intento de control. Y así es, en efecto: escapan a los intentos de control en y desde el viejo orden. Se trata de pensar en y desde las nuevas premisas que introduce la revolución tecnológica. Si bien la tecnología no determina la sociedad, tampoco ésta establece el curso de los cambios tecnológicos. Según dice la autora, estos responden a complejos modelos en los cuales interjuegan diversos elementos, desde los descubrimientos científicos hasta las iniciativas e invenciones personales. Se establecen así relaciones dialécticas de mutua interferencia entre sociedad y tecnología. A partir de la década de los setenta se instituye, inicialmente en Estados Unidos, un nuevo paradigma tecnológico organizado en torno a la tecnología de la información. Éste, en interacción con la economía y la geopolítica globales, materializa en menos de tres décadas nuevos modos de producción, de comunicación y de gestión cultural y social.⁷²³

Citando esta vez a DE ROSNAY, NÚÑEZ habla de que esa vertiginosa velocidad en el proceso es posible porque nos encontramos ante una tecnología de integración. A lo largo de la historia el hombre ha utilizado tecnología de sustitución: el automóvil reemplaza a la diligencia, el fax al télex, etc. Se trata de técnicas que se suceden unas a otras de manera lineal a lo largo del tiempo. Por el contrario, las tecnologías de integración constituyen el fruto de la convergencia de varias de aquellas. No se trata de un paso más, sino de la modificación del conjunto mismo. Las tecnologías de la información incluyen microelectrónica, informática, telecomunicaciones, y también la ingeniería genética.⁷²⁴

La revolución en las tecnologías informacionales, sostiene Victoria NÚÑEZ, define una reestructuración del modo capitalista de producción, lo cual implica cambios en las reglas de juego, social y cultural, de vastos alcances. Inclusive, algunos autores hablan de “capitalismo informacional”. No toda actividad en el mundo es global, pero las actividades estratégicamente dominantes están organizadas en redes globales de decisión e intercambio: desde los mercados financieros a los mensajes audiovisuales. El planeta es asimétricamente interdependiente. En general, el capital es global y el trabajo local. Ello comporta un cuestionamiento del modelo de Estado del bienestar hasta ahora vigente.⁷²⁵

Manuel CASTELLS hace referencia, menciona NÚÑEZ, al cambio del estatuto del Estado, del modelo del Estado-nación, propio de la época a cuyo final

⁷²³ IDEM.

⁷²⁴ IDEM.

⁷²⁵ IDEM.

asistimos. Recogiendo como dato la internacionalización de la producción y el crecimiento de la importancia del comercio exterior en el comportamiento de la economía, CASTELLS constata la disminución de los gobiernos para intervenir en éstas. Esta pérdida de soberanía opera en el sentido de una profunda transformación de la formación decimonónica del Estado-nación, en una nueva forma política que CASTELLS denomina Estado red.⁷²⁶

¿Cuál es la incidencia de estas transformaciones en nuestro objeto de estudio?

De acuerdo a las puntualizaciones de Violeta NÚÑEZ, estos temas representan para la Pedagogía Social un reto conceptual que, a la vez, también cuestiona su posición respecto a las modalidades de conexión con lo social: planteamiento de las investigaciones, relaciones con otras disciplinas, formación de profesionales, elaboración de modelos de educación social, interpelación a las administraciones y/o instituciones encargadas del diseño y de la implementación de las políticas públicas, etc.⁷²⁷

Además, estos temas cuestionan asimismo la noción de “educación especializada”. De la forma en que se defina la educación social, dependerá en gran medida, que se produzcan o bien efectos de culturalización o bien de exclusión social. Diversas perspectivas se abren para la educación social hoy; en especial, a juicio de NÚÑEZ, en tres ámbitos: redes, sujetos y responsabilidades.

Según apunta, la gestión de los recursos públicos en redes locales (sociedad civil, empresas de iniciativa social, asociaciones profesionales, instancias pertinentes de la Administración pública, etc.) introduce una nueva dimensión. En red se entiende como la articulación de diferentes niveles de responsabilidad para llevar adelante tareas diferentes pero en interrelación.⁷²⁸

Tomando en cuenta esta diversidad, que a su vez es efecto de los cambios antes reseñados, la autora considera pertinente introducir un giro en lo que tradicionalmente se ha entendido por modelos integrados, noción deudora de la idea de que es posible una síntesis, entendida como *sumatoria* de principios y metodologías diversas, alude a un cierto eclecticismo. Por el contrario, ella postula una noción que no apela a la suma, sino a la *articulación* de las diferencias, una idea de *modelo de trabajo en red*.⁷²⁹

La nueva definición de la actualidad, continúa, en global-local como dos realidades inseparables, permite incluir al amplio y fragmentado campo de la

⁷²⁶ IDEM.

⁷²⁷ IDEM.

⁷²⁸ IDEM.

⁷²⁹ IDEM.

atención social en una nueva forma política, democrática y democratizadora, donde pueden encontrarse diversos actores sociales. Y si se considera la socialización como la dotación de recursos que posibiliten articulaciones múltiples en lo cultural local y en la cambiante configuración de la economía mundializada, puede pensarse en ciertas alternativas a los actuales procesos de segregación y exclusión.⁷³⁰

La exclusión, la define NÚÑEZ como pérdida de las posibilidades de articulación e incidencia en la actualidad de época. Ante los efectos de exclusión, subraya la importancia de la tarea educadora, conceptuándola como transmisión de elementos culturales, con valor social, que posibiliten nuevas y múltiples articulaciones sociales de los sujetos. En lo que concierne a la educación social, puede trabajar para la promoción cultural y social de personas mayores, adultas, jóvenes y niños, particularmente de los sectores más vulnerables (social, cultural y económicamente), a la exclusión.

El punto es, agrega, si se debe construir una respuesta educativa a la medida (especializada), de las viejas figuras de la marginación social: pobres, inadaptados, delincuentes, etc., con lo cual se estará sancionando el pasaje a la exclusión; o bien, desde propuestas educacionales de calidad, abrir posibilidades para recorridos múltiples: tantos recorridos como sujetos participen de cada experiencia educativa.⁷³¹

Para la especialista, la educación social encuentra aquí un amplio campo. Puede colaborar para atender las demandas sociales emergentes, en relación con otras instituciones, servicios y programas educativos, sociales, sanitarios, psicoterapéuticos, en el entendimiento que estas cuestiones son multidimensionales y requieren, de lo que NÚÑEZ postula como *modelo de trabajo en red*, el cual puede facilitar al sujeto la realización del trabajo de construcción de sus anclajes culturales. Trabajo que cada sujeto ha de tomar a su cargo.⁷³²

El modelo de trabajo en red, afirma NÚÑEZ, propone al educador una responsabilidad que le es específica e intransferible: la atención educativa personalizada. Es a partir de la consideración de cada sujeto, de sus demandas y

⁷³⁰ IDEM.

⁷³¹ IDEM.

⁷³² IDEM.

Lo anterior es viable, de acuerdo con la especialista, si:

- Se considera que hay una responsabilidad social en juego ante la transmisión cultural necesaria para los niños y adolescentes en general y, muy particularmente, para aquellos que se encuentran en situación de fragilidad o vulnerabilidad social.
- Se recoge el legado de la pedagogía clásica, en el sentido de que el sujeto de la educación es un sujeto responsable.
- Se considera que los contenidos de la cultura (conocimientos, saberes, legados artísticos y literarios...) tienen valores perdurables: patrimonio que, una vez recibido, obliga a las generaciones adultas a no escamotearlo a las nuevas generaciones.

su disponibilidad, que el educador podrá aportar los elementos que, por un lado, legitimen los intereses del sujeto y, por otro, le permitan articularse en algunas ofertas de lo social y/o promover nuevas. He aquí un nudo importante a tener en cuenta en el ejercicio de la función educativa: disponer de recursos pedagógicos adecuados para concitar el interés del sujeto.⁷³³

Los proyectos individualizados, prosigue la especialista, responden a la necesidad de dar un tratamiento específico a cada caso, pues cada sujeto acusa de manera peculiar los problemas de articulación social⁷³⁴.

De acuerdo con lo que apunta NÚÑEZ, la educación ha de obtener la disponibilidad, demanda, consentimiento, interés del sujeto hacia la labor educativa. Ello con el fin de disolver la paradoja que a menudo se plantea en el trabajo del educador social: un profesional interviene debido a una dificultad social del sujeto y termina consolidando esa particular dificultad, en lugar de removerla.⁷³⁵

Es imprescindible entonces que los recursos pedagógicos sean múltiples, opcionales y que ofrezcan una capacitación eficaz en ámbitos de valor y de uso social, que se constituyan en espacios verdaderamente educativos, capaces de ofertar salidas adecuadas en lo social amplio, y no una manera de “entretener” el tiempo. También es necesario que el profesional cuente con un exhaustivo mapa de recursos comunitarios, con los cuales pueda conectar a los sujetos según las opciones que estos realicen^{736 737}.

IV.- PROGRAMAS PEDAGÓGICOS DE ACCIÓN SOCIOEDUCATIVA CON MENORES EN DIFICULTAD Y CONFLICTO SOCIAL. EVOLUCIÓN DE LA PERSPECTIVA ECOLÓGICA

⁷³³ ÍDEM.

⁷³⁴ Hay aquí, menciona, dos riesgos en la actuación profesional:

- Que se confunda el hacer cumplir la normativa institucional con el trabajo social educativo.
- Que la estandarización de las ofertas educativas, impida descubrir los verdaderos intereses de cada uno de los sujetos de la atención educativa.

⁷³⁵ ÍDEM.

⁷³⁶ A manera de síntesis, señala NÚÑEZ que:

- Partiendo de la plataforma en la que socialmente se sostiene el sujeto, es necesario promover trayectos nuevos. Esa plataforma inicial puede parecer peregrina, inconsistente; pero para el sujeto es importante y, seguramente, conecta mejor con el siglo XXI que ciertos ideales educativos trasnochados.
- En educación, lo que debe preocupar es abrir ante un sujeto, a partir de sus núcleos de interés actuales o virtuales, perspectivas culturales que le permitan atreverse a trazar itinerarios inéditos. Pero, a veces, pedagogos y educadores están más predispuestos a aferrarse a sus pequeñas y viejas certezas que a apostar por lo indómito.

⁷³⁷ ÍDEM.

Pablo A. MEIRA CARTEA brinda importantes notas sobre este tema. Según señala, en el lenguaje de las disciplinas y saberes que se ocupan de las situaciones de desamparo o de conflicto social que afectan a la infancia contemporánea, abundan las expresiones que hacen referencia directa o indirecta a los factores contextuales asociados con dicha problemática. Conceptos con distintos significados como adaptación e inadaptación, medio abierto y medio cerrado, niños y educadores de calle, institucionalización y desinstitucionalización, intervención comunitaria, marginación, etc., coinciden en situar la problemática de los menores afectados por distintos tipos de patologías sociales en función del entorno o ambiente en el que se desenvuelven, así como en las relaciones o interacciones que los sujetos o los grupos establecen “con” y “en” dicho entorno.⁷³⁸

A partir de los años setenta, los modelos penales, médicos, psicoterapéuticos o educativos que consideraban los problemas de inadaptación social como consecuencia de cualidades innatas o de problemas de socialización individual de los menores afectados; se modifican, y se adoptan visiones más profundas que consideran la naturaleza compleja, ecosistémica y multicausal de las distintas situaciones y contextos de agresión social que pueden afectar a niños y niñas.

Un axioma básico de esta perspectiva, apunta MEIRA CARTEA, es que los comportamientos inadaptados o disociales de los individuos, ya sean infantes, adolescentes, jóvenes o adultos, no pueden ser ni comprendidos ni afrontados si no se tiene en cuenta el contexto donde se producen. Más que buscar sus causas en los individuos o en las peculiaridades de cada problema, este nuevo enfoque sitúa las causas últimas en el entorno que habitan las personas afectadas.⁷³⁹

En la misma tesitura, GRACIA y MUSITU mencionan que al analizar la etiología del maltrato infantil, el modelo ecológico ofrece un modelo integrado que permite que el problema en cuestión “pueda ser mejor comprendido si se considera como producto final de una disfunción fundamental en un complejo ecosistémico con numerosas variables interactuando.”⁷⁴⁰

GARRIDO y LÓPEZ sugieren que un modelo ecológico-conductual, integra tanto la perspectiva individual como la social, “antes que centrarse en el individuo o en el ambiente como fuentes de la conducta desviada, reconoce explícitamente

⁷³⁸ Cfr. MEIRA CARTEA, Pablo A. “La perspectiva ecológica en la acción social con menores”. En ORTEGA ESTEBAN, José (coord.). op. cit., pp. 71-78.

⁷³⁹ IDEM.

⁷⁴⁰ GRACIA FUSTER, Enrique y MUSITU OCHOA, Gonzalo. **El maltrato infantil. Un análisis ecológico de los factores de riesgo**. Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, España, 1993, p. 13.

como elemento básico la transacción entre las personas y sus ambientes, sean estos observados en sus componentes físicos o sociales.”⁷⁴¹

El desarrollo de una perspectiva ecológica en las Ciencias Sociales, escribe MEIRA CARTEA, tiene su principal antecedente en los estudios de Ecología Social y Urbana iniciados en la Universidad de Chicago durante los años veinte del presente siglo. Los pioneros de la conocida como Escuela de Chicago, trataron de aplicar al análisis del hábitat humano y, principalmente, de los conglomerados urbanos, las nociones ecológicas derivadas del evolucionismo darwiniano más ortodoxo, según el cual, la organización de los grupos humanos estaría determinada por las condiciones biofísicas del entorno.⁷⁴²

Estos investigadores, concentran su labor científica “en el estudio de las relaciones espacio-temporales de los seres humanos, en cuanto dependen de factores de selección, de distribución y de adaptación en relación con el medio ambiente.”⁷⁴³

Esta visión, prosigue MEIRA CARTEA, dio paso en los continuadores de estas ideas a una concepción cada vez más compleja e interactiva de la relación hombre-medio. La especie humana, a través de la cultura y de la capacidad de autoorganización social es capaz de modelar su entorno y de generar procesos de respuesta adaptativa que no están absolutamente determinados por los parámetros biofísicos del ambiente. Los ecosistemas sociales, o comunidades humanas, conforme evolucionan y progresan, crean sus propias condiciones de organización, que pueden correlacionar positivamente con las características naturales del territorio que ocupan, pero que no derivan mecánicamente de ellas.⁷⁴⁴ Es, como afirma HAWLEY, que “ni el organismo es la única causa de su actividad, ni el medio es la única fuente de estímulo.”⁷⁴⁵

Así las cosas, los elementos que interaccionan pueden ser de diversos tipos: demográficos (población, natalidad, migración, densidad, etc.) y naturales (clima, altitud, recursos, ubicación geográfica, etc.), como sociales (forma de ocupación del territorio, diferenciaciones funcionales o sociales del espacio, comunicaciones, formas de producción y consumo) y culturales (idioma, universo simbólico compartido, identidad diferenciada, etc.)⁷⁴⁶.

⁷⁴¹ GARRIDO GENOVÉS, Vicente y LÓPEZ LATORRE, M. Jesús. **La prevención de la delincuencia: El enfoque de la competencia social**. Tirant lo Blanch, Valencia, España, 1995, p. 182.

⁷⁴² MEIRA CARTEA, Pablo A. op. cit., pp. 72 y ss.

⁷⁴³ PRADES, José A. “Sociología y medio ambiente”. En BALLESTEROS, Jesús y PÉREZ ADÁN, José (comps.). **Sociedad y medio ambiente**. Trotta, Madrid, España, 1997, p. 15.

⁷⁴⁴ MEIRA CARTEA, Pablo A. op. cit., pp. 75 y ss.

⁷⁴⁵ HAWLEY, Amos H. **Ecología humana**, Tecnos, Madrid, España, 1989, p. 32.

⁷⁴⁶ Posterior a la escuela de Chicago, comenta MEIRA CARTEA, se desarrollaron distintos estudios eco-etnográficos para analizar la dimensión socializadora y enculturizadora de las formas de organización espacial, con un interés especial por la incidencia del urbanismo moderno sobre los

A partir de estas teorías, abunda MEIRA CARTEA, la concepción determinista dio paso a una concepción más probabilista que asume la existencia de regularidades en el comportamiento de los individuos y de los grupos humanos que están asociadas con el entorno en el que viven; un entorno que es el producto de las relaciones complejas entre factores físicos, sociales y culturales que hace que unas conductas prosociales o asociales tengan más probabilidades de ocurrir que otras. La comunidad, agrega, como agrupamiento humano diferenciado, no se define sólo ni principalmente por los límites territoriales y las características ecológicas de su hábitat, sino también por las cualidades psicosociales y culturales que la articulan interiormente, que constituyen su identidad particular y que diferencian su territorio, más o menos transformado, del que ocupan otros grupos humanos.⁷⁴⁷

Ahora bien, refiriéndose a la incidencia específica de lo “ecológico” en la comprensión de la problemática social de la infancia, MEIRA CARTEA indica que, durante los siglos XVIII y XIX, con la aparición y desarrollo en Occidente de las primeras instituciones modernas creadas específicamente para el internamiento de niños y niñas huérfanos, abandonados o delincuentes, el modelado del “entorno” fue utilizado como un recurso de intervención fundamental; pero no con la intención de proteger a los menores tutelados de la insalubridad, la degradación del espacio urbano y la destrucción del medio familiar y comunitario que constituían los efectos perversos del avance implacable y salvaje de la Revolución Industrial; sino por medio del entorno artificial, cerrado, masificado y opresivo de los orfanatos, hospicios, inclusas, reformatorios, cárceles u otro tipo de establecimientos de internado o reclusión, diseñados para salvaguardar a la sociedad de las agresiones reales o potenciales de los menores tutelados.⁷⁴⁸

Esta etapa, dice MEIRA CARTEA, se identifica con un “modelo represivo” de atención a la infancia problemática, caracterizado por el autoritarismo y la coerción como principios básicos de intervención. Las pautas de actuación que lo rigen son el internamiento, el aislamiento total o casi total del exterior, el control y la vigilancia constantes, el castigo, el adoctrinamiento, la uniformización, la rigidez normativa, el orden, etc. Tanto la organización del espacio arquitectónico de los

comportamientos y las estrategias de adaptación social y cultural de los distintos grupos humanos que habitan la ciudad. Estos estudios, señala, destacaron la correlación existente entre las cualidades físicas del ambiente y la producción de determinados fenómenos sociales como la delincuencia organizada, la marginación de determinados grupos étnicos o socioeconómicos, la aparición de formas de organización social originales (las pandillas juveniles), ciertas casuísticas de salud física o mental, la pobreza o la riqueza, la cohesión o desestructuración de las unidades familiares, etc. El concepto de «área natural» dio paso al concepto de «área cultural» para definir un espacio que presenta unos rasgos culturales relativamente homogéneos que explican los procesos sociales que en él se pueden observar y que correlacionan positivamente con las cualidades físicas del hábitat construido por el hombre en interacción con su medio.

⁷⁴⁷ Cfr. MEIRA CARTEA, Pablo A. op.cit., pp. 75-78.

⁷⁴⁸ ÍDEM.

edificios que las albergaban como la reglamentación de las relaciones interpersonales y sociales dentro de las instituciones estaban ideadas para imponer control y una rígida disciplina a los menores siguiendo estándares de normalidad social que mixturaban procedimientos carcelarios, elementos de la moral burguesa de las “buenas costumbres” y valores inspirados en la moral católica o protestante. El hacinamiento, la masificación y la convivencia indiscriminada de menores con edades diferentes o con problemáticas distintas en un mismo espacio eran defectos menos importantes que garantizar la seguridad y el aislamiento del exterior, y mucho menos aun que el mantenimiento del control y de la disciplina dentro del recinto.⁷⁴⁹

La escasez de recursos económicos y humanos públicos para mantener y atender a la población recluida, expresa el autor, dejó a estas instituciones al albur de la caridad pública, de la labor voluntarista de las órdenes religiosas o de las paupérrimas organizaciones y patronatos laicos de beneficencia. El menor internado en estas instituciones, era completamente aislado de cualquier relación con la sociedad circundante; al interior de ellas, se organizaba un mundo autónomo y artificial, una microsociedad con sus propias normas que en la mayoría de los casos se masificaba e impedía la existencia de espacios de privacidad, mientras en otros establecía duros regímenes de aislamiento, pero siempre despersonalizando y deshumanizando al individuo. El entorno físico y social se instrumentalizaba como un recurso de control.⁷⁵⁰

La expresión “medio cerrado”, señala MEIRA CARTEA, connota la naturaleza del ambiente aislado y aislante de estas instituciones que, lejos de favorecer la reintegración del menor en la sociedad, contribuían a su estigmatización, a la aparición de síndromes de comportamiento patológicos y al desarrollo de pautas de interacción social útiles para sobrevivir dentro de la institución, pero disfuncionales fuera de ella. Si la finalidad de estos dispositivos era más represiva y penal que educativa y resocializadora, los resultados eran también des-educativos y doblemente marginalizadores para los menores que acumulaban a su peripecia casi siempre negativa en su entorno vital de procedencia la experiencia pésima y traumática del paso por la institución.⁷⁵¹

A partir de la segunda mitad del siglo XIX, se dan diversas reformas en las políticas de atención a la infancia. La mayor parte de los cambios que se proponen o introducen, explica MEIRA CARTEA, se centraron en el cuidado médico-sanitario de los niños y niñas atendidos y en la salubridad del espacio arquitectónico, siguiendo los postulados higienistas, y con mucha menor profundidad en los objetivos y en los programas educativos que en las instituciones se llevaban a

⁷⁴⁹ IDEM.

⁷⁵⁰ IDEM.

⁷⁵¹ IDEM.

cabo. El alejamiento del menor de su entorno de procedencia y su aislamiento social seguía siendo una característica fundamental de su funcionamiento.⁷⁵²

Sin embargo, arguye MEIRA CARTEA, basándose en SANTOLARIA, algunos de los reformistas de la segunda mitad del siglo XIX asociaron estos fenómenos asociales con la existencia de un entorno urbano, físico y social, degradado. Cercanos a las tesis deterministas de los primeros tiempos de la escuela de Chicago, llegaron a considerar la viabilidad de cambiar los comportamientos sociales por modificación de los factores negativos del ambiente y la necesidad de prevenir las desviaciones sociales modificando las estructuras sociales que regían una determinada sociedad y que eran la causa última de los ambientes degradados en los que aparecía como un componente inevitable la delincuencia, la marginación, la pobreza y otras calamidades sociales que afectaban con especial rigor a la infancia de los estratos de población más desfavorecidos. Estas iniciativas contribuyeron a sentar las bases de los modelos normalizadores y de las estrategias de intervención socioeducativa centradas en la comunidad, como alternativas respetuosas con los derechos de la infancia y como opciones realmente re-socializadoras para aquellos sectores problemáticos.⁷⁵³

No es sino hasta las décadas de los años sesenta y setenta, que se cuestionan los modelos tradicionales de atención a la infancia y se comienzan a desarrollar políticas y estrategias de intervención alternativas que contemplan la creación de dispositivos institucionales de “medio abierto” y el trabajo “en”, “con” y “de” las comunidades para prevenir o intervenir ante las situaciones de riesgo social que puedan afectar o que ya han afectado a la población infantil.⁷⁵⁴

Desde el nuevo enfoque imperante, “modelo comunitario” o “modelo ecológico”, más que re-educar o re-socializar al menor delincuente, maltratado, marginado o abandonado; los servicios de atención a la infancia deben concentrarse en la transformación y normalización de su entorno y de las relaciones que cada individuo es capaz de establecer con él; sea este el mismo ambiente del que proceden y en el que siguen residiendo o, cuando ello no sea posible, para salvaguardar los derechos y la seguridad del niño o de la niña, del dispositivo tutelar que configurará su nuevo espacio de vida.⁷⁵⁵

⁷⁵² IDEM.

⁷⁵³ SANTOLARIA SIERRA, Félix **Marginación y educación. Historia de la educación social en la España moderna y contemporánea**. Ariel, Barcelona, España, 1997, p. 249.

⁷⁵⁴ Anteriormente, manifiesta MEIRA CARTEA, las instituciones específicamente concebidas para la atención de la infancia con problemas de adaptación social, como vectores operativos de la política de atención a la infancia, se guiaban por una máxima tan simple como simplista: “los niños con problemas especiales necesitan atención en centros especiales diferenciados”. Desde esta perspectiva “había que identificar los casos realmente graves, y sobre la base de la situación de anormalidad, se los separaba de su medio natural para situarlos en un medio especializado”. De igual manera, los profesionales que trabajaban en las instituciones de menores se distanciaban del entorno en que se originaban los problemas que debían enfrentar.

⁷⁵⁵ MEIRA CARTEA, Pablo A. op. cit., p. 78.

Si no es posible evitar la institucionalización del menor, ésta “no debe, en ningún caso, cubrir todas las necesidades del niño o de la niña”, puesto que “hay que evitar las seudosociedades y hay que evitar resolver el conflicto -que origina el ingreso- en el ambiente institucional pero conservarlo intacto cuando vuelven al medio de origen”.⁷⁵⁶ Es decir, juzga MEIRA CARTEA, ha de concebirse como abierta, transitoria y sobre todo, no-total; se propugna la adopción de modelos de residencia que reproduzcan lo más fielmente posible un medio normal (pisos tutelados, sistemas de acogimiento familiar, residencias de pequeño tamaño, etc.) y que faciliten la integración y la participación de los menores tutelados en la vida de las instituciones, los espacios y las actividades que cohesionan a la comunidad: escuelas, locales de ocio, centros sociales y culturales, bibliotecas, ludotecas, etc.⁷⁵⁷

Sigue explicando MEIRA CARTEA, que la adopción de un prisma ecológico también afecta al rol de los educadores y de otros profesionales que trabajan con menores inadaptados o en situación de riesgo social; ello se ejemplifica con la aparición de la figura del “educador de calle”, quien desarrolla un trabajo de tipo socioeducativo en el hábitat cotidiano de los menores y en alianza con otras personas e instituciones educativas o sociales de la comunidad.⁷⁵⁸

Ahora bien, por lo que hace a las posibles aplicaciones del corpus teórico y práctico de la Pedagogía Ambiental en los distintos ámbitos de trabajo de la Educación Social, se hace referencia a las tesis de Pilar HERAS I TRIAS,⁷⁵⁹ quien considera que existen suficientes elementos para establecer un marco de convergencia con la Pedagogía Social, que permita orientar la intervención activa y contextual en las realidades educativas, con base en el concepto clave de calidad de vida. En torno al cual, es viable articular principios o vectores de intervención socioambiental básicos.^{760 761}

⁷⁵⁶ BUENO BUENO, Agustín. “Las residencias de menores como instituciones terapéuticas. Estudio de un caso”. En MARTINEZ SÁNCHEZ, Amparo y MUSITU OCHOA, Gonzalo (coords.). **El estudio de casos para profesionales de la Acción Social**. Narcea, Madrid, España, 1995, p. 222.

⁷⁵⁷ MEIRA CARTEA, Pablo A. op. cit., p. 78.

⁷⁵⁸ IDEM.

⁷⁵⁹ HERAS I TRIAS, Pilar. “Pedagogía Ambiental y Educación Social”. En PETRUS ROTGER, Antonio (coord.). **Pedagogía Social**. Ariel, Barcelona, España, 1997, pp. 268-291.

⁷⁶⁰ 1.- Es necesario poner en marcha procesos educativos que contemplen simultáneamente la mejora de la calidad de vida en su dimensión social y ecosistémica, y ello independientemente de que su objetivo sean “individuos o sectores sociales categorizables de diferentes maneras en cuanto a su falta de bienestar”. Esta premisa esta presente en casi todos los planteamientos ecológicos de los distintos problemas que afectan a la infancia.

2.- La orientación pedagógico-social de la Pedagogía Ambiental o pedagógico-ambiental de la Pedagogía Social debe concretarse en una acción educativa que tenga en cuenta el medio ambiente en sus distintas esferas concéntricas e interrelacionadas (familiar, local, comunitario, regional, global), desde las más próximas a los individuos, como contorno de trabajo principal, hasta las más alejadas o globales. También es necesario tener en cuenta que el ambiente (o los ambientes) de socialización no permanecen estáticos y evolucionan en el tiempo. De la misma

A manera de conclusión, juzga MEIRA CARTEA que existen ya suficientes ejemplos que demuestran la viabilidad y las potencialidades de la perspectiva ambiental o ecológica para el análisis y para la sugerencia de pautas de

forma que un ecosistema natural es el resultado de relaciones complejas entre factores bióticos y abióticos que dan lugar con el tiempo a situaciones de “equilibrio dinámico”, un ecosistema social también presenta una evolución temporal derivada de las propiedades cambiantes de los distintos elementos que lo integran o de influencias que provienen del exterior. Los procesos de cambio, inducidos intencionalmente a través de la acción socioeducativa o atribuibles a causas contingentes, incluyen las modificaciones que se pueden producir en las pautas de interacción social establecidas, en las percepciones que de él tienen las personas que lo habitan o en las formas de apropiación material y simbólica que se desarrollan.

3.- Cualquier acción educativosocial debe partir del análisis ecológico del espacio-lugar en el que se va a desenvolver el educador o el pedagogo social. Este análisis implica tener en cuenta las interacciones educativas que se quieren establecer para su contextualización en el marco de otras interacciones sociales. Obliga también a considerar los elementos físicos del espacio en el cual se va actuar, y la apropiación simbólica y afectiva que de ese espacio hace la comunidad que lo habita y los colectivos sociales específicos hacia los que esta orientada la acción educativa.

4.- Es necesario identificar los contextos relevantes del sujeto, del colectivo social o de la comunidad para la evaluación (o para la intervención) ambiental en función de los objetivos o de los problemas concretos que se abordan. Uno de los problemas de la perspectiva ecológica es la dificultad para definir operativamente el “ambiente” como objeto de estudio. Es necesario tener en cuenta, por ello, que nunca será posible identificar todos los elementos y relaciones que lo constituyen y que, atendiendo a las necesidades y peculiaridades de cada contexto y del problema que focaliza la atención del investigador o del educador en un momento y en un contexto dado, se definirán aquellas variables, factores o dimensiones que mejor sirvan a sus objetivos.

5.- Es preciso caracterizar los contextos identificados desde todos los puntos de vista posibles y relevantes (físico, social, organizativo, simbólico, económico, etc.).

6.- Es necesario indagar en las percepciones que sobre su entorno tiene la persona o el colectivo social objeto de atención; contrastarlas con las percepciones de otros sujetos o colectivos de la misma comunidad y con las percepciones que pueda desarrollar el educador o el profesional que analiza y/o interviene en ella. El nivel de ajuste/desajuste de esas percepciones puede dar pistas importantes para el diseño de propuestas de cambio.

7.- La relación entre los comportamientos o situaciones relevantes para el educador social en el contexto donde trabaja (p. ej., situaciones evidentes o potenciales de maltrato infantil) y los vectores ambientales que lo definen (p. ej., un barrio con viviendas de baja calidad y deficitario en servicios sociales y culturales básicos) puede servir para orientar intervenciones simultáneas e integradas a distintos niveles (p. ej., en algunas pautas de socialización familiar, en la mejora de la calidad de las viviendas y en la dotación de servicios sociales y culturales).

8.- La problemática ambiental, tanto local como global, puede ser utilizada también como recurso y como contenido de primer orden para el trabajo del educador social. En concreto, tratándose de las estrategias educativas para la integración social del menor inadaptado, las actividades de Educación Ambiental pueden servir para que los sujetos descubran y reconozcan su entorno desde nuevas ópticas, para que desarrollen mapas cognitivos más complejos del espacio-lugar en que viven, para realizar actividades colectivas que estimulen y desarrollen su responsabilidad individual y colectiva sobre aspectos que afectan a la calidad de vida, y que fomenten la vinculación afectiva y simbólica con el entorno y la apropiación social de su medio ambiente, etc. Esta instrumentación educativa de la Educación Ambiental puede servir para reforzar la integración y la normalización social de las personas o de los colectivos objeto de atención, para desarrollar una noción amplia de calidad de vida y para implicar a la comunidad en esta labor.

⁷⁶¹ IDEM.

intervención en problemáticas que afectan a la población infantil, investigaciones de problemáticas concretas como la acción tutelar con adolescentes orientados desde la perspectiva de la Pedagogía Ambiental, así como otros estudios y experiencias inspirados en el modelo de acción educativa comunitaria desarrolladas en torno al paradigma sociocrítico de la Pedagogía Social.⁷⁶²

Las principales virtudes del prisma ecológico, considera el autor referido, se relacionan con el carácter normalizador y preventivo de las intervenciones “en”, “desde” y “para” mejorar el entorno que rodea al menor necesitado de atención o en situación de riesgo, superando la atomización y el reduccionismo de modelos anteriores. Sin embargo, no se olvida de que la clasificación de los barrios, las áreas y los ambientes de riesgo en función de estereotipos ambientales puede tener el mismo efecto marginador que se pretende evitar con la contextualización de los problemas y de las soluciones. En este sentido, expresa que la orientación ecológica aplicada a la realidad social es, por definición, ideográfica, es decir, si bien los ecosistemas sociales o, si se prefiere, las comunidades, pueden ser comparables, de ninguna forma son equivalentes entre sí en la medida que la apropiación del espacio y los comportamientos sociales o antisociales que en ese entorno se producen varían en función de la percepción y de la experiencia siempre mutable que aporta cada sujeto y cada colectivo humano que lo habita.

Así, concluye MEIRA CARTEA, si cada niño o niña es una realidad compleja y singular ante la que es preciso, por razones éticas y científicas, rechazar cualquier etiqueta social, lo mismo se puede afirmar de cada comunidad o entorno social.⁷⁶³

V.- La animación sociocultural

De acuerdo con Margarita GONZÁLEZ SÁNCHEZ, dentro de las diferentes áreas en que se orienta el trabajo de los educadores sociales, destaca, por su tradición y proyección, la animación sociocultural y la educación social especializada; esta última, como área de intervención dirigida a la intervención socioeducativa con sujetos inadaptados y marginados, donde ocupa un lugar central la referida al ámbito de la familia, infancia y juventud inadaptadas y/o marginadas.⁷⁶⁴

Dicha actividad se desarrolla en diferentes contextos y realidades sociales: zona social concreta, núcleos institucionales, desde la familia a centros cívicos e instituciones específicas de intervención social, centros de menores, instituciones

⁷⁶² MEIRA CARTEA, Pablo A. op. cit., p. 78.

⁷⁶³ IDEM.

⁷⁶⁴ GONZÁLEZ SÁNCHEZ, Margarita. “La animación sociocultural en educación social especializada”. En ORTEGA ESTEBAN, José (coord.). op. cit., pp. 99-109.

penitenciarias, comunidades terapéuticas, abarcando las diversas categorías de edad. Con independencia de sus campos de intervención, su trabajo se orienta a la integración de los sujetos con dificultades de adaptación en la red social; sin embargo, la modalidad de la acción especializada es de características diferenciales según el ámbito de acción en el que interviene.⁷⁶⁵

La autora define a la animación sociocultural, como un proceso, una metodología, una estrategia de intervención y práctica educativa global. De acuerdo con Sindo FROUFE y Margarita GONZÁLEZ SÁNCHEZ, se trata de “un proceso racional y sistemático que pretende conseguir, por medio de la claridad de los objetivos/metras, una organización/planificación de los grupos/personas, mediante la participación activa para realizar proyectos eficaces y optimizantes desde la cultura, para la transformación de la realidad social.”⁷⁶⁶

Esto se concreta diciendo que la animación sociocultural (ASC) es un proceso de intervención socioeducativa racional y sistemático, que se produce en un territorio concreto y que pretende conseguir, como práctica social crítica, el desarrollo personal y social de las personas y la transformación de la realidad social, mediante la participación activa de los individuos y de la comunidad en el proceso de su propio desarrollo, tanto social como cultural, lo que conlleva una mejora en la calidad de vida. Lo que particularmente interesa, a juicio de los autores citados, en los procesos de animación es generar procesos de participación, creando espacios para la comunicación de los grupos y de las personas con vistas a estimular a los diferentes colectivos a emprender procesos de desarrollo social y cultural.⁷⁶⁷

Según José M. QUINTANA, la animación se hace con una intención: la promoción de los grupos humanos y la solución de sus problemas, máxime los de la marginación. Se trata de hacer desaparecer las actuales condiciones sociales que generan los problemas y promover el cambio social.⁷⁶⁸ En sentido similar, ESCARBAJAL señala que “se trata de actuaciones críticas, libres y transformadoras de la sociedad. Animación sociocultural que debe generar procesos de participación en los colectivos y las comunidades, que debe usar una metodología que estimule a ello, que implique y responsabilice a los ciudadanos (...) y en definitiva, despertar la capacidad de análisis, organización, creación y expresión.”⁷⁶⁹

⁷⁶⁵ IDEM.

⁷⁶⁶ FROUFE QUINTAS, Sindo y GONZÁLEZ SÁNCHEZ, Margarita. **Para comprender la Animación Sociocultural**. Verbo Divino, Pamplona, España, 1995, p. 36.

⁷⁶⁷ IDEM.

⁷⁶⁸ QUINTANA CABAÑAS, José M. **Los ámbitos profesionales de la animación**, Narcea, Madrid, España, 1993, p. 33.

⁷⁶⁹ ESCARBAJAL DE HARO, Andrés. “El animador sociocultural como educador social”. En SÁEZ CARRERAS, Juan (coord.). **El educador social**. Universidad de Murcia, Murcia, España, 1994, p. 76.

Adentrándose en el tema de nuestro interés, GONZÁLEZ SÁNCHEZ señala que en la actualidad, la intervención social en el campo de la infancia y juventud inadaptada y/o marginada se concibe preferentemente en el marco de las políticas preventivas. Desde este marco preventivo, surge para la autora la pregunta: ¿qué se puede hacer para que los individuos en situación de riesgo o conflicto social tengan mayores oportunidades de integrarse y desarrollarse adecuadamente, personal y socialmente, al tiempo que se integran en la estructura social? Para responder, deben considerarse dos niveles, el individuo y el medio o escenario social, donde se centran las funciones del educador, dentro del planteamiento comunitario de la intervención social. Aquí, la animación sociocultural (ASC), como conjunto de métodos y técnicas dirigidos a promover la participación social y cultural de la comunidad, de los grupos y sectores que la componen, se presenta como metodología fundamental y básica para el trabajo de cualquier educador social.⁷⁷⁰

Para la especialista, la ASC representa un espacio de actuación que centra sus objetivos prioritarios, por un lado, en el desarrollo y la promoción social y autoorganizativa de grupos, colectivos y comunidades, y por otro lado, en el desarrollo personal; animación que pretende consolidar y potenciar un diálogo constructivo y bidireccional entre la población en riesgo y la población normalizada. Desde el ámbito sociocultural se pretende crear espacios de interrelación y comunicación, dar y recibir información, crear un marco de participación y convivencia.

A través de la intervención sociocultural, sigue GONZÁLEZ SÁNCHEZ, se pretende desbloquear las relaciones entre el individuo y la colectividad vinculando a las instituciones y potenciando las capacidades de los sujetos en relación a su desarrollo personal. La ASC facilita la participación activa de los sujetos en el marco del desenvolvimiento comunitario.⁷⁷¹

Está guiada por el deseo de permitir el cada vez mejor desarrollo de todos los miembros de la comunidad. Por tanto, apunta GONZÁLEZ SÁNCHEZ, quienes trabajan en ella se apartan de cualquier práctica marginadora, apostando por la integración social de cualquier ciudadano partiendo de la aceptación de sus diferencias, ya sean grandes o pequeñas; diferencias, por otro lado, que son una característica inherente en el grupo humano. En la *Línea de la normalización*, hay que favorecer las condiciones que permitan que un sujeto “pese a ser diferente” pueda participar activamente en su medio social.⁷⁷²

⁷⁷⁰ GONZÁLEZ SÁNCHEZ, Margarita. op. cit., pp. 100 y ss.

⁷⁷¹ IDEM.

⁷⁷² IDEM.

En relación a la intervención con menores, GONZÁLEZ SÁNCHEZ expresa que tiene una doble perspectiva de actuación, pues debe centrarse en un contexto social más amplio que en la mera acción sobre el menor como es el medio social, su entorno, la propia comunidad. Si bien, para la autora está claro que cuando se ha nacido en una familia desorganizada o con fuertes problemas de relación entre los padres, se ha sobrevivido con escasos recursos económicos, se ha vivido en un ambiente marginal, se ha asistido a una escuela escasamente gratificante y se ha convivido con un grupo de amigos de unas características en la historia personal y social similares, la tendencia a la inadaptación no puede ser entendida de otra manera que como el proceso 'normal' de socialización; no es menos cierto que, agrega, en sentido estricto, no puede identificarse la inadaptación de forma excluyente con ninguno de los factores o causas anteriores. De este modo, cualquier intervención que no tenga en cuenta al sujeto y al medio social con el que interactúa, perderá la perspectiva global del sujeto como ser en relación con sus semejantes y con su entorno.⁷⁷³

De tal suerte, postula GONZÁLEZ SÁNCHEZ, que la cuestión es articular al tiempo las dos situaciones conflictivas: sobre el individuo, dotándole para desenvolverse activa y positivamente en la relación social y, sobre el entorno social que ha configurado la situación de riesgo social/inadaptación y/o marginación. Para ello, habiendo sido superado en la actualidad el modelo asistencial de intervención, la intervención con menores desde la ASC, pretende incidir en la comunidad, en los colectivos, tratando de dar respuesta a la problemática del menor, centrando su discurso de intervención en un contexto social más amplio y no focalizando la problemática solo en el menor como único responsable de su situación, pues no es el único responsable de su conducta, sino que lo es también la comunidad social.⁷⁷⁴

Lo anterior no quiere decir que se niegue totalmente las intervenciones institucionales. Como apunta ORTEGA, "las instituciones deben integrarse dentro de los programas y proyectos comunitarios preventivos como parte integrante de los modelos de reintegración, como apoyo paralelo y complementario."⁷⁷⁵

Así, según sigue explicando GONZÁLEZ SÁNCHEZ, la ASC se vinculará con el modelo comunitario de intervención, en tanto que actúa en el ambiente natural del sujeto adoptando un planteamiento netamente ecológico, modelo desde el que se pretende que el individuo participe en programas comunitarios en la mayoría de los casos y se reserva el internamiento en una institución sólo para casos evidentes de peligrosidad para la comunidad.⁷⁷⁶

⁷⁷³ IDEM.

⁷⁷⁴ IDEM.

⁷⁷⁵ ORTEGA ESTEBAN, José. "Comunidad y educación social (programa comunitario de prevención de la asociabilidad infanto-juvenil "ciudad educativa)". en PETRUS ROTGER, Antonio (coord.). op. cit., p. 199.

⁷⁷⁶ GONZÁLEZ SÁNCHEZ, Margarita. op. cit., pp. 101 y ss.

Por lo que hace a las claves y estrategias de la ASC, como metodología social en el ámbito de los colectivos de problemática social, para GONZÁLEZ SÁNCHEZ se centra en cuatro conceptos claves o rasgos de actuación, a saber: la concienciación, la participación, la territorialidad y los recursos. Mismos que explica brevemente en los siguientes términos:⁷⁷⁷

a) *Toma de conciencia*. En este punto, anota que la concientización, el desarrollo del sentido crítico, es para la animación sociocultural un objetivo a conseguir y, al mismo tiempo, un instrumento de intervención. Afirma que la animación debe buscar la motivación en tanto que toma de conciencia sobre la propia realidad y frente a situaciones problemáticas, pues el hombre aprende en la medida en que está motivado para ello. Una de las tareas que implica la animación es la de sensibilizar a las personas y a los grupos superando la posible apatía para su desarrollo personal y social, desarrollando y creando interés por actividades socioculturales que canalicen la participación de las personas.

Diferentes actividades pueden provocar la motivación y la sensibilización; como ejemplos, refiere la autora las campañas informativas, debates, forums, fiestas populares, programas globales de carácter asociativo, plataformas de encuentro, campos de trabajo, jornadas de encuentro, etc.

b) *Participación*. El proceso de animación, de dinamización, se ha de dar por la participación de todos los sujetos, tanto si se habla en términos de persona como de comunidad. En el sentir de GONZÁLEZ SÁNCHEZ, las personas deben convertirse en agentes activos de su propio desarrollo y del de la comunidad, han de ser protagonistas responsables en las situaciones y decisiones socioeducativas que les afectan a nivel personal, grupal o comunitario. Esta exigencia de participación, que lleva a insistir en el protagonismo de las personas y comunidades, supone creer en el sujeto personal y colectivo, libre y responsable.⁷⁷⁸

En esta tesitura, según ANDER-EGG, habrá participación “cuando las personas tengan la posibilidad efectiva de tomar decisiones en todos los asuntos relacionados con ellas, sea como individuos, como grupos, como miembros de una organización o como ciudadanos de un Estado.”⁷⁷⁹

De tal suerte, que la metodología de la ASC debe basarse en un “actuar en”, más que en un “actuar sobre”. Ello exige, según GONZÁLEZ SÁNCHEZ, la aceptación del sujeto y del grupo de su responsabilidad en el futuro, pues es precisamente la

⁷⁷⁷ IDEM.

⁷⁷⁸ IDEM.

⁷⁷⁹ ANDER-EGG, Ezequiel. **Metodología del trabajo social**, Instituto de Ciencias Sociales Aplicadas, Alicante, España, 1982, p. 245.

participación en su propio desarrollo uno de los principios definitorios de la animación. Este participar activamente implica una metodología de acción que busque la manera de que el hombre participe y se implique directamente en la realización de alguna actividad social, cultural y/o educativa. La animación debe pues proporcionar cauces de participación social, debe facilitar el contribuir, intervenir, compartir, facilitar la colaboración, formar parte de, etc.⁷⁸⁰

c) *Territorialización*. El trabajo de la ASC comienza en el territorio, conocer el medio social donde se desarrolla la intervención es una de las funciones de la animación.

De acuerdo con GONZÁLEZ SÁNCHEZ, toda intervención se produce en un contexto, sin cuyo conocimiento es imposible acceder a esa diferenciación funcional de las intervenciones. En este sentido, las intervenciones socioculturales se realizan en contextos concretos y con grupos sociales que tienen su propia cultura, en un marco de referencia compartido por todos los miembros de una comunidad. Esta cercanía vital remite a la participación de los grupos sociales, de la comunidad y a la contextualización de las intervenciones en contextos concretos e inmersas en un entorno, en un territorio como espacio en el que se produce la intervención, pues sólo en un territorio conocido es posible pensar acciones y proyectos para buscar soluciones operativas y evaluables, a medio y a largo plazo.⁷⁸¹

d) *Recursos*. La animación posibilita la creación de recursos o bien la optimización de los existentes. Empero, a juicio de la autora, la ASC no sule problemas estructurales de fondo que condicionan en gran medida la posibilidad de respuesta. Es imprescindible que los recursos sean múltiples y que se constituyan en espacios capaces de ofertar salidas adecuadas en lo social.

En este punto, se plantea GONZÁLEZ SÁNCHEZ, que la ASC, como estrategia, tenderá a la transformación de la realidad existente para superarla. Pero para intervenir sobre la realidad y superar la inadaptación o marginación es imprescindible el conocimiento de esa realidad; y deben ser los propios sujetos, la colectividad, quienes han de tomar conciencia de los factores que condicionan o provocan su inadaptación y proponer estrategias y soluciones tendentes al cambio personal y social.⁷⁸²

La participación activa, consiste entonces en que sean los propios sujetos los que asuman el protagonismo de las intervenciones o proyectos socioculturales, desde su creación hasta su ejecución, más concretamente, la autoorganización

⁷⁸⁰ GONZÁLEZ SÁNCHEZ, Margarita. op. cit., pp. 101 y ss.

⁷⁸¹ IDEM.

⁷⁸² IDEM.

participativa de personas o colectivos cuando se ha alcanzado un cierto nivel de participación cualificada.

Sin embargo, es claro que “para que la gente participe ha de estar preparada para ello; de lo contrario, lo único que conseguiremos es abocarles a la frustración o desengaño. De ahí que la formación sea un paso ineludible en el proceso de intervención.”⁷⁸³ Al respecto, GONZÁLEZ SÁNCHEZ estima que se puede hablar de que el grupo o la comunidad se ha vuelto autónoma para avanzar en la mejora constante de las condiciones y de la calidad de vida, de su desarrollo sociocultural, cuando es capaz de generar y realizar sus propias dinámicas, programas o proyectos socioculturales. Más allá, en una referencia a los programas de la ASC (cuya permanencia siempre es efímera), precisa la autora que puede encontrarse en el campo de la educación social y de forma más concreta en el ámbito estricto de atención especializada a individuos, grupos o colectivos en situación de riesgo, inadaptación o marginación, una gran diversidad de programas y proyectos que vendrán caracterizados generalmente por aquellas variables (participantes, objetivos, ámbitos, actividades y tiempo) sobre las que se ponga el énfasis de la intervención y que responderá a la multiplicidad de realidades sociales con las que es posible encontrarse.⁷⁸⁴

En cualquier caso, considera GONZÁLEZ SÁNCHEZ, la intervención sobre el menor inadaptado, con conductas disociales o delictivas, se concretará en todas aquellas acciones que inciden sobre él y su entorno, buscando elementos que den una respuesta a los conflictos surgidos de la interacción entre el menor y su realidad social. En el marco de la ASC, evalúa la autora, las estrategias y programas abarcan una gran variedad de orientaciones y proyectos. Como punto de partida significativo, que posibilite un mejor conocimiento, elaboración y propuesta de intervención en el ámbito de los colectivos de problemática social, pueden presentarse otros elementos y estrategias de intervención, los cuales analiza en los siguientes términos:⁷⁸⁵

1.- Se parte de una premisa, conocer para transformar. El conocimiento y análisis de la realidad permite diseñar intervenciones lo más específicas posibles en relación a las necesidades del menor. La aportación de la ASC, insiste GONZÁLEZ SÁNCHEZ, es ofrecer a la comunidad, a los diferentes grupos sociales y a los diferentes agentes sociocomunitarios la posibilidad de tomar conciencia de su situación, el poder analizar su realidad y a partir de este plantear alternativas. Desde un enfoque sociocrítico, se trata de estrategias de dialéctica sociogrupal. La

⁷⁸³ VENTOSA PÉREZ, Víctor. “La intervención y el seguimiento de la animación”. En VEGA, Francisco y VENTOSA PÉREZ, Víctor. **Programar, acompañar, evaluar**. Ariel, Madrid, España, 1993, p. 88.

⁷⁸⁴ GONZÁLEZ SÁNCHEZ, Margarita. op. cit., pp. 102 y ss.

⁷⁸⁵ IDEM.

animación deberá intentar que afloren los conflictos, las carencias y que se tomen posturas reflexivas en el análisis y en las posibles soluciones a los problemas.⁷⁸⁶

2.- En lo que se refiere a la competencia del contexto, la especialista refiere que no se trata sólo de una aceptación, sin más, de la situación de determinados colectivos y grupos cuyas características se alejan inicialmente de las que posee el grupo mayoritario, se trata de una aceptación que lleve implícita la posibilidad de contribuir en la construcción de un sistema de vida que les garantice la participación social y la construcción de su propio bienestar social.⁷⁸⁷

3.- Desde una perspectiva preventiva, sugiere GONZÁLEZ SÁNCHEZ, hay que intervenir antes de que se produzcan situaciones de inadaptación o conflicto social. La prevención ha de ser una intervención dinamizadora de procesos y estructuras sociales que, a la vez, genera nuevas dinámicas, pues el medio social que sirve como marco de atención al individuo ha de tener una atención superior a la del propio individuo. En toda intervención preventiva es indudable la importancia del educador social, que ha de jugar un papel de animador y dinamizador, para pasar más tarde a ser un mediador y canalizador de recursos.⁷⁸⁸

4.- Respecto al comportamiento social, GONZÁLEZ SÁNCHEZ reflexiona en que es susceptible de cambio, y puesto que uno de los factores que más incidencia tiene en el cambio de comportamiento social o conducta es que éste se da en colectivos o comunidades, es pertinente considerar el grupo como un punto de apoyo importante y la ASC como dinamizadora de los procesos del grupo y de la comunidad, pues así como es el grupo, la comunidad, el ámbito donde se descubre y elabora la identidad personal; es desde una relación grupal desde donde se potencian los valores de relación de la persona.⁷⁸⁹

5.- En cuanto a estrategias de intervención desde el campo de la animación, en el área relacional y de desarrollo personal, por encima de técnicas concretas, para GONZÁLEZ SÁNCHEZ lo que importa fundamentalmente es la actitud; juzga necesario desarrollar las capacidades creando un clima adecuado en el grupo, en el que cada sujeto pueda valorarse individualmente; potenciar el ser. Una tarea importante para ello es aceptarse, valorarse positivamente como ser original y valorar al otro aceptándolo.⁷⁹⁰

6.- Por lo que hace a problemas como el de la drogodependencia, GONZÁLEZ SÁNCHEZ afirma que, en tanto fenómeno en donde actúan multitud de factores, que ponen en situación de riesgo la salud y el bienestar de amplios sectores de la

⁷⁸⁶ IDEM.

⁷⁸⁷ IDEM.

⁷⁸⁸ IDEM.

⁷⁸⁹ IDEM.

⁷⁹⁰ IDEM.

población y que condicionan potencialmente la conducta de la persona, se deduce la importancia de adoptar medidas preventivas dirigidas a diversos sectores de población, en este caso a los menores, en especial a los que no consumen o lo hacen esporádicamente. El educador social especializado, desde el punto de vista de la autora, tiene a su favor una metodología activa y dinámica como la ASC que permite una dinámica de participación activa, donde la motivación, la responsabilidad y la implicación de cada uno es la base para conseguir cambios en las actitudes, tanto a nivel individual como comunitario.⁷⁹¹

Partiendo de que es más importante modificar la actitud que solo aumentar los niveles de información, propone que ha de hacerse especial hincapié en combatir la presión del grupo de amigos hacia el consumo de drogas; los mensajes que se transmitan deben apoyarse en las motivaciones presentes en la población de los menores.

7.- A nivel de actuación, GONZÁLEZ SÁNCHEZ indica que una de las formas que puede posibilitar la intervención en relación a los menores en riesgo, en relación a la inadaptación social y que puede y debe ser eficaz en los procesos de prevención como de rehabilitación, es la que se lleva a cabo desde los espacios culturales y de ocio.

Es importante hacer ahora mención del papel que GONZÁLEZ SÁNCHEZ otorga al tejido asociativo en prevención de menores. Según razona, una manera privilegiada de avanzar en lo comunitario y, por ende, en lo social es la vida asociativa, como práctica de participación e iniciativa. La experiencia asociativa es un espacio importante para la socialización y la resocialización. Se hace necesario entonces, articular formas organizadas y crear asociaciones que vinculen el desarrollo personal y la intervención de la comunidad, pues solamente los individuos y los colectivos organizados son capaces de modificarse ellos mismos y de transformar la realidad social, situándose en una dimensión relevante de la ASC, como es el crear dinamismos allí donde no existen e impulsar y desarrollar el asociacionismo como instrumento permanente de cambio.⁷⁹²

En un marco asociativo, desarrolla GONZÁLEZ SÁNCHEZ, los menores pueden establecer relaciones interpersonales positivas, pueden participar y socializarse en el contacto con los demás, en un recurso, como es el marco asociativo, no diseñado específicamente como asistencial. Es necesario por tanto organizarse mediante redes comunicativas, en constante diálogo con los otros, donde las personas deben tomar conciencia y asumir su situación, lo que les posibilita que las experiencias de grupo le devuelven al sujeto el saber quien es desde las relaciones con el otro.⁷⁹³

⁷⁹¹ IDEM.

⁷⁹² IDEM.

⁷⁹³ IDEM.

De esta manera, la experiencia asociativa o el grupo como elemento de desarrollo personal, es, como apunta María Jesús MORATA, “un ámbito donde se aprende a dialogar, a convivir, a aceptar y valorar las diferencias, a comprender cognitiva y afectivamente al otro como alguien distinto a nosotros, es un lugar de un mayor autoconocimiento y de desarrollo de la conciencia y de la identidad personal.”⁷⁹⁴

De acuerdo con GONZÁLEZ SÁNCHEZ, la ASC, para producir cambios individuales y también en el entorno, se sirve del grupo como mediación donde se generan en su interior relaciones interpersonales que permiten a cada miembro y al grupo como tal satisfacer sus necesidades y crecer como persona/grupo. Para que la experiencia asociativa, el grupo, ofrezca como referencia nuevos patrones relacionales se necesitan recursos como modelos de referencia alternativos de vida, contraste grupal, etc. Además, se necesitan educadores-animadores que dinamicen y motiven los procesos de relación y participación, que posibiliten la responsabilización de los sujetos como protagonistas de su desarrollo, desarrollo autónomo de la persona que se realiza mediante las técnicas y métodos propios de la animación en función de un proyecto previo compartido por y con los participantes^{795 796}.

En este sentido, GONZÁLEZ SÁNCHEZ sugiere como uno de los posibles criterios de intervención, las experiencias positivas de ocio y de tiempo libre; expresa que desde el recurso del asociacionismo infantil y juvenil se debe potenciar como medida preventiva el ocio y el tiempo libre, poniendo de esta manera al alcance, tanto de los niños y jóvenes *normalizados*, como para aquellos que están en situación de riesgo o conflicto social, momentos de socialización que les resulten atractivos, desarrollando programas de actuaciones y actividades a través de los cuales se interioricen valores y actitudes que favorezcan su desarrollo personal, los procesos socializados y la participación en la comunidad. A mayor abundamiento, expone que el tiempo libre, así como es un espacio privilegiado para la realización de actividades de animación, para el trabajo sociocultural; también es el ámbito privilegiado para la alienación o la degradación;

⁷⁹⁴ MORATA GARCÍA, María Jesús. “Animación sociocultural, conflicto social y marginación”. En TRILLA, Jaume. **Animación sociocultural**. Ariel, Barcelona, España, 1997, p. 276.

⁷⁹⁵ Debe pues la animación, de acuerdo a la autora, facilitar y potenciar el desarrollo personal y social, debe ayudar al menor, a los sujetos o grupos a ser capaces de tomar alternativas, de ilusionarse con las actividades de su entorno, a comprometerse con el medio social, a participar en la vida comunitaria. El que los menores, niños y jóvenes se asocien, se organicen, responsabilicen y den respuesta a las necesidades y problemáticas que les conciernen como tales y como personas de una comunidad, supone establecer relaciones interpersonales positivas, respeto mutuo y aceptación de las opiniones del otro, y supone también la inserción crítica y la participación activa en el entramado social.

⁷⁹⁶ GONZÁLEZ SÁNCHEZ, Margarita. op. cit., pp. 105 y ss.

si bien en él se manifiestan situaciones de conflicto social, sigue siendo en definitiva espacio para el trabajo socioeducativo y sociocultural.⁷⁹⁷

Es un espacio importante, prosigue GONZÁLEZ SÁNCHEZ, desde el cual puede realizarse la animación, ya sea en medio abierto o cerrado; en el marco de la prevención de individuos y colectivos cumple una función socializadora enormemente positiva, tanto en procesos educativos individuales como en el trabajo con grupos. La animación ha de actuar buscando la sensibilización del grupo y creando un clima de comunicación adecuado, comunicación interpersonal y comunicación con el entorno, y proponerse potenciar la creatividad y la conciencia crítica como medios para alcanzar una autonomía personal y colectiva. Así, continúa GONZÁLEZ SÁNCHEZ, a partir de lo lúdico, de lo creativo, de la experimentación personal del ocio, de la participación en actividades culturales, posibilitando que estructuren su tiempo, su espacio, sus actividades, se favorece el sentimiento de pertenencia y de inserción y se pueden establecer relaciones interpersonales que reduzcan el riesgo de desviación social y que favorezcan el protagonismo y la participación activa en su propia historia.⁷⁹⁸

Para finalizar, recalca GONZÁLEZ SÁNCHEZ que en sentido estricto, no puede hablarse de un modelo único de propuesta de intervención sociocultural válido para todos los individuos, colectividades y comunidades, pero aún así, le parece lógico que un planteamiento socioeducativo, reeducativo y preventivo de la educación social especializada apueste por una metodología que impulse la motivación, la dinamización y la participación de las personas en su proceso socializador y culturizador; una metodología que posibilite hábitos de participación social y cultural que lleven a un mayor desarrollo personal, a una transformación de la realidad sociocultural y a una mejora en la calidad de vida de los individuos y de los grupos dentro de la sociedad.⁷⁹⁹

VI.- CONSIDERACIONES CRÍTICAS

Es innegable la importancia que reviste el proceso enseñanza-aprendizaje en el caso de los menores infractores. Por un lado, influye en el tratamiento rehabilitador pedagógico aplicable, en el establecimiento de sus fines específicos que indican el rumbo y los puntos de llegada deseados, en torno a los cuales deben concentrarse todos los esfuerzos del docente especializado, en este caso, la resocialización del menor. Al ser considerado el menor sujeto a tratamiento no como un reo, sino como un educando; la intervención educativa que se realice, de

⁷⁹⁷ IDEM.

⁷⁹⁸ IDEM.

⁷⁹⁹ IDEM.

inicio, debe seguir los objetivos del proceso enseñanza-aprendizaje mismo, contribuir a formar la personalidad del menor, teniendo en cuenta sus peculiaridades.

Así, el proceso reeducativo debe respetar la individualidad del menor, resaltando sobre todo, las características positivas que éste posee, ajenas por completo a su comportamiento delictivo circunstancial. El menor debe ser visto en sus peculiaridades como persona que siente, que tiene sus posibilidades y posee una sensibilidad diferente de la de los demás. Ha de encausarse al menor infractor para que por sí sólo rechace el comportamiento delictivo, no puede ser forzado a dar ese paso; el proceso reeducativo debe despertar en él la conciencia del actuar lícito, no ser obligado a ello.

Por otro lado, el proceso enseñanza-aprendizaje también reviste un carácter esencial desde el punto de vista de la prevención; es a través de los procesos educativos adecuados como se evita realmente la existencia de menores infractores, con la promoción activa de conductas favorables al progreso social y el fomento al desarrollo integral de las personas, su bienestar físico, psicológico y social como individuos miembros de un grupo.

Sin duda, el aspecto prevencional tiene mayor trascendencia. Como vimos en este capítulo, en el ámbito de menores el combate a las conductas infractoras ha de darse no de manera aislada, sino en el marco de una política integral de atención a la infancia, a través de la creación de opciones que favorezcan su pleno desarrollo, considerándolos, además de niños y niñas, como sujetos de derecho. Siendo la carencia de recursos, la falta de acceso a opciones educativas, la marginación, unos de tantos factores de riesgo para la generación de conductas infractoras, el Estado debe implementar las acciones necesarias para atender efectivamente las necesidades más básicas de la infancia, como lo son alimentación, seguridad, trato afectuoso y respetuoso, acceso a opciones adecuadas de desarrollo físico y psicológico a través de la educación, etc. Garantizado este aspecto esencial no sólo de los menores, sino de toda la población, podrán entonces tener realmente repercusión social otras medidas preventivas, promovidas en los espacios más significativos y cotidianos de su socialización: en la familia, la escuela, el barrio, o a través de los medios de comunicación.

La prevención, se encausa a la identificación de los factores de riesgo que pueden desembocar en la generación de conductas antisociales, y en la atención de éstos antes de que se susciten sus consecuencias negativas. Una política estatal integral de combate a la delincuencia, ha de encausar sus mayores esfuerzos en este ámbito; si las políticas se encausan sólo a la represión de conductas ilícitas, de inicio, el camino está errado. Se han de destinar los recursos al trabajo comunitario en los grupos con mayor presencia de factores de riesgo, por un lado, modificando aspectos estructurales que motivan la marginación, como

la falta de acceso a actividades económicas lícitas, las disparidades territoriales, la desigualdad de oportunidades; aquí, el objetivo es fomentar la inclusión social de los grupos típicamente aislados, asegurando sino su normalidad plena, si estableciendo ciertas compensaciones de acuerdo a las condiciones particulares.

Por otro lado, la prevención, en su aspecto de tarea eminentemente pedagógica y educativa, ha de operar cuando menos en dos niveles: a nivel primario o comunitario, y a nivel del conglomerado social en su conjunto. En el primer aspecto, deben incrementarse las opciones educativas en las zonas donde se presentan mayores factores de riesgo; la posibilidad de acceder a una educación idónea, junto con el mejoramiento de las condiciones materiales generales, son la mejor receta que existe para evitar las conductas infractoras de los menores. A nivel general, la prevención educativa asume la misión social plena de formar a los ciudadanos en la cultura del bien común, donde el alcance de los intereses colectivos y el mejoramiento de la calidad de vida de todos los miembros sean los objetivos esenciales por encima del interés individual. En este doble papel, la prevención educativa cumple varios objetivos: por una lado, aunque no suprima por completo las influencias criminógenas, si opone a ellas opciones atractivas para que los infantes en riesgo tengan acceso a otras relaciones y comportamientos; y por el otro lado, integra a toda la sociedad, haciendo tomar conciencia a sus miembros de la pertenencia al grupo y de la necesidad de fomentar valores de solidaridad y apoyo mutuo.

A lo anterior, hay que añadir que si bien el papel de la educación y de los educadores en la tarea preventiva es protagónico, una concepción más amplia nos lleva a ver que es necesaria la participación activa de otros profesionales; a) pedagogos que permitan diseñar entornos educativos escolares en los cuales se favorezca el surgimiento de relaciones positivas entre los menores, como el sentimiento de grupo y de comunidad, habilidades de convivencia, actitud cooperativa y tolerante, participación activa, etc.; b) profesionales de la salud que brinden apoyo y orientación respecto a problemas de salubridad, adicciones, inadaptación y marginalidad, conductas violentas, a través de la atención médica necesaria, sea para problemas físicos, o a través de programas psicológicos; c) maestros en oficios, artesanos o profesionales diversos, que permitan crear vínculos entre los menores y las actividades económicas de su comunidad, vinculándose durante el tiempo libre, a talleres de creación infantil, trabajo comunitario en calles y plazas, proyectos acordes a su edad y recursos, que les brinden una vía para manifestar sus deseos, motivaciones, dificultades y problemas; d) actuación de profesionales del derecho y funcionarios públicos que motiven un surgimiento de la conciencia política en el menor, con lo cual se ubique como futuro ciudadano miembro de un grupo, con derechos y responsabilidades. En fin, en la prevención de las conductas infractoras, a un lado de las obligaciones públicas, es compromiso de toda la sociedad intervenir en los procesos educativos que permiten la reproducción de valores que fomentan el progreso social. La

prevención deviene, en un quehacer cotidiano, ligado a la evolución misma de la sociedad y al bienestar de sus miembros, especialmente de la infancia.

El proceso enseñanza-aprendizaje no sólo está presente en las cuestiones de la prevención educativa; si bien la trascendencia social de ésta es mayor, no debe demeritarse, en el rubro de menores infractores, la intervención educativa en el tratamiento rehabilitador pedagógico aplicable al menor, que adquiere igual preponderancia dados los fines del Derecho de menores. No existen resultados concluyentes que muestren cual es el tratamiento más idóneo para lograr que el menor no repita su conducta delictual, y más que ello, criterios objetivos que permitan definir cuando un menor está plenamente rehabilitado. De tal suerte, que dentro de las medidas de tratamiento que prevé la ley, y atendiendo a la gama de técnicas y métodos educativos que son utilizados por los profesionales de la pedagogía, el tratamiento habrá de fijarse en relación con las características individuales del menor.

Coincidiendo con la idea de que el internamiento o privación de la libertad del menor ha de realizarse sólo en casos extremos, la reeducación del menor infractor solo será posible en un ambiente de libertad; libertad, que por otro lado, conlleva el peligro de que su abuso pueda llevar al fracaso de todo el programa educativo del menor. Pero siendo la convicción de que es éste quien debe darse cuenta por sí, del carácter ilícito de su conducta anterior, la intervención educativa debe ser lo menos autoritaria posible, de manera que el menor no se sienta oprimido por una figura de autoridad, sino comprendido por alguien que busca ayudarlo. Por ende, el sistema ha de ser preferentemente abierto, de manera que los educadores atraigan el interés del menor no sometiendo su voluntad, sino por el propio proceso educativo: es máxima pedagógica que para aprender algo, hay que desear hacerlo, si el menor no quiere aprender otros hábitos y comportamientos, no hay posibilidad de que éstos se le impongan.

Por otro lado, es importante resaltar que en el diseño de los planes de intervención pedagógica para menores infractores deben intervenir especialistas no sólo de las diversas disciplinas vinculadas, que a su vez sean conocedores de la materia de menores infractores, con plena libertad de hacer uso de su imaginación para crear los programas adecuados, contando, claro está, con la asesoría jurídica que vele por la protección del interés superior del menor. Durante su aplicación, debe evitarse la burocratización de los procesos de tratamiento, donde el menor se convierte sólo en cifras y estadísticas positivas o negativas según el caso, sin que exista interacción directa de los educadores con él.

El menor, insisto en este punto, no debe estigmatizarse de ninguna manera como delincuente o infractor; por ende, los educadores y todo el personal que se encarga de atenderles, han de tener clara la noción de que se trata de menores que por sus condiciones particulares incurrieron en conductas ilícitas, pero que como cualquier otro niño, con el trato adecuado pueden rectificar su

comportamiento. Como reivindicamos en el capítulo de la peligrosidad del menor, ésta, lejos de ser una característica de los menores, no es más que una etiqueta con que se les marca negativamente, muchas veces de por vida. En este mismo sentido, dentro del proceso de enseñanza-aprendizaje, no debe crearse de ninguna manera la condición de “niños problema”, “incorregibles”, o alguna otra categoría externamente impuesta que le confirme al menor, su status de infractor.

De tal suerte que el proceso educativo que se aplique a los menores infractores, siguiendo concepciones modernas de la pedagogía, no debe diferir en esencia del que se sigue a un menor en condiciones normales, pues si bien su individualización será diferente en cada caso, los objetivos son los mismos: formar seres humanos íntegros, conscientes de su papel y sus responsabilidades dentro del conglomerado social.

Ambas prácticas educativas, tanto la preventiva como la de tratamiento específico a los menores, han de proyectarse hacia la colectividad en su conjunto, sin olvidar, ante todo, que las buenas intenciones no han de quedarse en las leyes, sino incidir en la práctica cotidiana, en el tratamiento diario que se da a los niños y jóvenes que han incurrido en conductas infractoras. De tal suerte que la consideración de los derechos de los menores, más que ser asunto de procedimientos jurídicos y de autoridades gubernamentales, es algo que debe repercutir en las concepciones sociales al respecto. Cuando la sociedad empieza a ver a los menores que infringen sus leyes como parte de ella misma, y no como extraños detestables, les estará brindando una opción real de reintegración, porque entonces, realmente se pondrá interés en recuperar ese sector que circunstancialmente se ha vuelto dañino y no solamente, como sucede actualmente, alejarlo lo más posible, condenándolo al olvido.

CAPÍTULO VII

LA SITUACIÓN FAMILIAR DEL MENOR

I.- CONSIDERACIONES PREVIAS

Como hemos mencionado en este trabajo, a nadie escapa el hecho de que la familia es considerada como uno de los factores a los cuales se asocia la delincuencia de menores. En Inglaterra, en 1816, ya se señalaba que “el comportamiento indigno de los padres” ocupa el primer rango entre las causas de la delincuencia juvenil (*Report of the Committee for Investigating the causes of the alarming increase of juvenile delinquency in the Metropolis*). De igual manera, en los Estados Unidos, en 1848, el jefe de policía de Nueva York describía a los delincuentes con que se encontraba como “los hijos de padres siempre negligentes, generalmente impulsivos y muchas veces inmorales y deshonestos”.⁸⁰⁰

La influencia del círculo familiar en los menores infractores ha sido afirmada y estudiada por criminólogos y especialistas desde finales del siglo XIX hasta nuestros días. De acuerdo con TRÉPANIER, referencia obligada son los trabajos de MORRISON (1896), de SHELDON y Eleanor GLUEK ya en el siglo XX, y especialmente, la obra de Travis HIRSCHI, publicada en 1969, en la cual ponía “especial acento sobre el rol de los padres y de la escuela en la prevención de la delincuencia”. Para HIRSCHI, “la calidad de los vínculos sociales que unen a un joven con la sociedad está asociada a la probabilidad de que ese joven se inicie en la delincuencia: cuantos más fuertes son los vínculos que ese joven ha trabado con su entorno, se siente menos libre de cometer delitos. Los vínculos sociales se afianzan sobre cuatro componentes: el afecto entre el joven y personas significativas, tales como sus padres, profesores y amigos; la adhesión al ámbito de los objetivos propuestos por la sociedad; la participación en actividades convencionales; y la adhesión o la creencia en las normas sociales. El afecto es ese componente del vínculo que incluye a los padres.”⁸⁰¹

⁸⁰⁰ TRÉPANIER, Jean. “Los jóvenes delincuentes y sus familias”. En TRÉPANIER, Jean, et. al. **Delincuencia Juvenil y Derechos Humanos**, Ed. Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1995. p. 1.

⁸⁰¹ IBIDEM, p. 3.

Confirma lo anterior, lo señalado por RUBIO LARROSA. Según éste, “El niño, entiendo, que recibe afectos, gratificaciones, frustraciones con todo aquello que le rodea, pero pasa que relacionar conscientemente, para que se de cuenta de lo que recibe precisa de una motivación. Para mí esa motivación debe ser la vinculación, el que el niño se relacione con todo aquello que le rodea y a lo que está unido, evidentemente el niño está, pues, vinculado a una familia, en el más amplio sentido de la palabra, está vinculado a su ambiente social, está vinculado a su cultura, su religión, su hábitat más cercano. Así pues, cualquier falta de esa vinculación le puede repercutir en su vida psíquica.”⁸⁰²

Además de estos vínculos para con la familia, el entorno y los valores sociales; consideramos que resulta de especial importancia para el menor la seguridad, dado que, “El niño se desarrollará normalmente si recibe su justa ración de amor, de autoridad, de libertad y seguridad. La seguridad, indispensable en una edad de debilidades, sólo se afirma a través de una protección bien reglamentada.”⁸⁰³.

Atendiendo a los valores sociales que garantizan la convivencia, vemos que el ámbito familiar resulta indispensable para inculcar y formar en el menor esa noción de responsabilidad y respeto para con lo que la sociedad considera adecuado según ha plasmado en sus normas. El “instinto de probidad”, al que hacía referencia GARÓFALO, aduciendo que éste es “fruto de los ejemplos recibidos en la primera infancia, del ambiente en que se educó el individuo durante la evolución de su carácter.”⁸⁰⁴.

Los estudios en psicología evolutiva, coinciden en que “la familia desempeña un papel central en el ajuste psicosocial del niño y del adolescente. En este sentido, unas relaciones familiares sólidas suponen un requisito necesario para el éxito del desarrollo de la persona.”⁸⁰⁵.

Teóricamente, el enfoque en auge actualmente entre los investigadores sociales, para el estudio de la familia como contexto de desarrollo, se denomina como ecológico-sistémico, y deriva de las teorías clásicas de sistemas y de campo. Según este modelo, “la familia se considera como un sistema en el que las

⁸⁰² RUBIO LARROSA, Vicente. **Estudio de conexiones afectivas y la posible influencia negativa futura**. Dirección General de Protección Jurídica del Menor, Ministerio de Justicia, Madrid, España, 1985, p. 67.

⁸⁰³ DE ANTÓN, Julio. **Juventud difícil y delincuencia juvenil**. Dirección General de Juventud y Promoción Socio-Cultural, Madrid, España, 1981, p. 14.

⁸⁰⁴ GARÓFALO, Rafael, **El delito como fenómeno social**. Analecta ediciones y libros S.L., Madrid, España, 2004, p. 181.

⁸⁰⁵ CARRERAS DE ALBA, Rosario. “La familia como contexto de desarrollo”. En RUIZ RODRÍGUEZ, Ramón y NAVARRO GUZMÁN, José Ignacio (coords.). **Menores. Responsabilidad penal y atención psicosocial**. Tirant lo Blanch, Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología, Valencia, España, 2004, Colección Criminología y Educación Social, Serie Mayor, p. 391.

acciones y actitudes de cada miembro afectan a los otros y son afectados por las de aquellos. La familia tiene una estructura y unas pautas reguladoras de su funcionamiento, que tienden a mantenerse estables, aunque transformando algunas pautas para adaptarse a circunstancias nuevas (nacimiento de un hijo, pérdida de trabajo, etc.), sin dejar por ello de constituirse como referente para sus componentes. Desde el punto de vista sistémico no sólo es importante la estructura de subsistemas de la familia, sino fundamentalmente el funcionamiento adaptativo de la misma ante presiones y cambios externos. La familia es un sistema dinámico de relaciones interpersonales recíprocas, enmarcado en múltiples contextos de influencia que sufren procesos sociales e históricos de cambio.”⁸⁰⁶.

En última instancia, hay que tener en cuenta que las familias perfectas, no existen, más que en la fantasía. Cada núcleo familiar, en mayor o menor medida, puede entrañar conflictos y desavenencias; la tarea es evitar que éstos lleguen a manifestaciones de violencia o de otro tipo que puedan incidir negativamente en la formación y desarrollo de los menores. Así, vemos que muchas veces la realidad, “se aleja de aquella imagen estereotipada, feliz, rosada y armónica que de la familia, la socialización, nuestra cultura y los medios de comunicación nos ofrecen. Esta otra realidad de la familia, el lado oscuro, poco atractivo, pero no menos real, entraña conflictos, hostilidades, desencuentros, que conducen por un lado, a situaciones traumáticas, algunas llegando a extremos rechazables, muy peligrosos para algunos de los protagonistas y componentes de la familia como son los abusos, los malos tratos y la violencia doméstica.”⁸⁰⁷. Excesos todos ellos, que no por existir deben justificarse; no son en forma alguna deseables, por lo que deben evitarse, y corresponde a los profesionales en sociales evitarlos.

Haremos referencia a algunos de los principales estudios que sobre el vínculo familia-delincuencia de menores se han realizado, atendiendo a enfoques psicológicos, sociológicos y terapéuticos; éstos últimos, de mayor relevancia para los objetivos de nuestra investigación. Siguiendo el trabajo de Jean TRÉPANIER, presentado en el 14º Congreso Internacional de la Asociación Internacional de Magistrados de la Juventud y de la Familia, en Bremen, 1994⁸⁰⁸, se aborda la influencia familiar en los menores infractores⁸⁰⁹.

⁸⁰⁶ IBIDEM, p. 394.

⁸⁰⁷ PORRO GUTIÉRREZ, Jacinto M. “La familia desde una perspectiva psicológica”. En RUIZ RODRÍGUEZ, Ramón y NAVARRO GUZMÁN, José Ignacio (coords.). op. cit., p. 521.

⁸⁰⁸ Cfr. TRÉPANIER, Jean. op. cit., pp. 5-39.

⁸⁰⁹ Esquematizándola de la siguiente manera:

I. Relaciones y dinámica al interior de la familia:

- a) el compromiso afectivo de los padres.
- b) la vigilancia.
- c) la disciplina.
- d) actividades criminales de otros miembros de la familia.
- e) actitudes específicas del padre y de la madre.

II. Estructura de la familia:

II.- RELACIONES Y DINÁMICA AL INTERIOR DE LA FAMILIA

A. El compromiso afectivo de los padres

Se ha señalado, siguiendo a la teoría del control social, que los vínculos sociales de los menores contribuyen a evitar su inmersión en ámbitos delictivos; los lazos de afecto entablados con los padres, sólo pueden formarse si éstos se comprometen emotivamente con sus hijos. Este compromiso puede expresarse de diversas maneras; es importante que los padres sientan y expresen abiertamente afecto por sus hijos; de otra manera, éstos desarrollan comportamientos desviados, que pueden llevar a la agresividad y la delincuencia.⁸¹⁰

Los padres deben preocuparse por sus hijos, comunicarse con ellos para tratar sobre cuestiones de índole personal; fomentar en sus hijos buenos hábitos, compartir actividades recreativas o pasatiempos positivos. Colaborar con ellos, brindarles asistencia cuando ésta sea requerida. La indiferencia y la falta de atención, constituyen sin duda factores familiares mayormente asociados a la delincuencia juvenil.

Es solamente el afecto que los hijos sienten hacia los padres el que reduce las probabilidades de una participación criminal; de tal suerte que las manifestaciones afectivas y de interés expresadas por los padres, son un modo de obtener el cariño de los hijos, en un plano de reciprocidad.

Sobra agregar que si la ausencia de atención de los padres hacia los hijos, su indiferencia o negligencia suele generar comportamientos antisociales en los menores; con mucha mayor intensidad las actitudes de rechazo de los padres, contribuyen a la presencia de delincuencia y comportamientos agresivos.⁸¹¹

La relación de causalidad entre la falta de afecto de los padres y el comportamiento delictivo de los hijos puede darse en ambos sentidos; no sólo los padres con su abandono generan el comportamiento criminal, sino que el menor puede provocar el rechazo de sus padres, cuando su actividad delictiva se presenta motivada por otros factores. Los problemas de conducta del niño o adolescente, pueden afectar la vida de sus padres y de su familia, motivando en éstos la tendencia a rechazarlo, siendo entonces el rechazo consecuencia de la transgresión.

-
- a) Hogares disueltos.
 - b) Situación laboral de los padres.
 - c) Número de integrantes de la familia.

III. Posición social de la familia.

⁸¹⁰ IDEM.

⁸¹¹ IDEM.

En conclusión, todo programa de prevención o de tratamiento de menores infractores, debe otorgar especial importancia a la consolidación del vínculo afectivo recíproco entre padres e hijos.⁸¹²

En este sentido, es evidente que se debe empezar de muy atrás y “preparar a los jóvenes progenitores para que adquieran una comprensión fácil y tolerante de sus hijos. Partiendo de esta idea, será preciso enseñar los elementos de higiene mental y psicología infantil a todos aquellos que traten con madres e hijos.”⁸¹³

Es nuestra convicción que la prevención de la conducta delincucional de los menores, corresponde en primer lugar a los padres, o en su caso, a los tutores o guardadores de los menores. Entre las medidas más básicas que éstos pueden adoptar para prevenir las acciones infractoras de los menores, ante los primeros indicios de la presencia de éstas, se encuentran:⁸¹⁴

- a) no restar importancia a las noticias de que un hijo molesta, insulta o agrede a otros, por mínimos que puedan parecer los hechos;
- b) mantener una estrecha relación con los profesores, más aún, cuando se sepa o se tengan sospechas de que los hijos realizan conductas indeseables;
- c) comunicarse con los profesores, escucharlos y establecer con ellos una estrategia común para hacer un seguimiento que permita cortar esos hechos;
- d) no asumir la creencia de que el hijo no puede hacer algo malo, escuchar y tomar en serio las críticas acerca de su conducta y actuar de inmediato al respecto, para impedir que la situación pase a mayores;
- e) preocuparse y reflexionar sobre las consecuencias del mal comportamiento del hijo, tanto las más leves, como las de mayor gravedad;
- f) actuar con rapidez ante el menor indicio de comportamiento desviado, hablando con el hijo como progenitor con autoridad sobre él, a la vez que como amigo;
- g) al hablar con el menor, hacerlo con firmeza, de forma clara, no dudando de su capacidad de entendimiento, tratándolo cual si fuese una persona adulta;
- h) al hablar con un hijo, planear de preferencia con anticipación lo que se le vaya a decir, previendo que suene convincente y no se caiga sin más en el enfado;
- i) investigar todos los pormenores de la conducta del hijo;
- j) dedicar el mayor tiempo posible a conocer a los amigos del hijo, acompañándolos en las actividades que llevan a cabo;

⁸¹² IDEM.

⁸¹³ BURNS, Charles L.C. **Los niños inadaptados**. 2ª ed., Editorial Herder, Barcelona, España, 1966, pp. 110-111.

⁸¹⁴ Cfr. ORTS BERENGUER, Enrique (coord.). **Menores: victimización, delincuencia y seguridad**. Tirant lo blanch, Valencia, España, 2006, Chillida Seguridad Permanente Colección Ciencia Policial, pp. 205-207.

- k) nunca culpar a un tercero de la mala conducta de un hijo;
- l) hacerle ver siempre al menor las consecuencias que pueden derivarse de su persistencia en una actitud antisocial, no sólo respecto al daño que puede causar a terceros, sino respecto al que puede causarse a sí mismo al verse sometido a una medida legal;
- m) servir siempre de ejemplo al menor, realizando actividades cívicas, positivas y apropiadas;
- n) tratar de canalizar las actitudes agresivas del menor hacia un ámbito positivo, como puede serlo el deporte;
- o) ayudar al menor a sentirse útil y necesario, contribuyendo a que descubra y desarrolle sus cualidades y habilidades potenciales.

Es igual indispensable, que los padres mantengan una estrecha vinculación con el proceso escolar de los alumnos, y no se interesen en él sólo cuando ya se presentan malos resultados. Ello, dado que la tarea educativa y socializadora de los menores debe ser compartida entre estas dos instituciones.

Esta relación entre familia y escuela no suele ser, como debiera, accesible y fluída; en la mayoría de los casos, “es una realidad compleja y de difícil ejecución”⁸¹⁵. Ello en buena medida puede entenderse, cuando se ve que estas relaciones “no han encontrado un ámbito adecuado para su realización, tanto la familia como la escuela defienden sus ámbitos específicos de actuación excluyendo a la otra parte con lo que esta circunstancia supone de dificultades, conflictos y desencuentros”⁸¹⁶. En esta tesitura, es indispensable que tanto la familia como la escuela, asuman sus compromisos para con los infantes.

Especialmente, en este caso, dentro de la familia, los padres están obligados a interesarse y participar activamente en el proceso de enseñanza-aprendizaje de sus hijos. “El conocimiento del proceso educativo en la escuela es fundamental para que la familia pueda asumir alguna función relevante en colaboración con la escuela, de ahí la necesidad de incrementar y explorar nuevas acciones en el ámbito de lo familiar en relación al centro educativo.”⁸¹⁷

B. La vigilancia

Las transformaciones culturales acaecidas en las sociedades occidentales durante las últimas décadas, principalmente por lo que hace a la mayor valoración del individuo y de su autonomía tratándose tanto de adultos como de adolescentes, se han visto reflejadas en la cohesión del núcleo familiar; la

⁸¹⁵ DODERO FUEJO, Marta. “Socialización: familia y escuela”. En RUIZ RODRÍGUEZ, Ramón y NAVARRO GUZMÁN, José Ignacio (coords.). op. cit., p. 533.

⁸¹⁶ ÍDEM.

⁸¹⁷ ÍBIDEM, p. 534.

movilidad y la libertad son hoy mucho mayores que hace cincuenta años, de tal suerte que la capacidad de los padres para supervisar las actividades de los menores se ha visto severamente disminuida. En la mayoría de las ocasiones este cambio ha ocurrido muy rápido, se han visto bruscamente reducidos los controles que tradicionalmente la familia ejercía sobre los infantes y adolescentes, ocasionando en los padres pérdida de confianza al desvalorarse su posición frente a sus hijos; quienes ahora se desenvuelven entre iguales, a menudo en sitios en los que ningún adulto asume la responsabilidad de vigilarlos.

Si bien es cierto, el aumento de libertades para adolescentes y jóvenes suele considerarse relevante para el progreso democrático, no debe olvidarse la importancia del control adulto sobre su conducta, indispensable para un adecuado desarrollo personal; sin caer, claro está, en la intervención asfixiante, que nulifica expresiones indispensables del menor, como la espontaneidad y la creatividad. Se ha afirmado que “la vigilancia de la conducta de un niño es la primera de las condiciones mínimas que deben cumplirse para que el niño pueda desarrollar el control de sí mismo”; por ello, la falta de vigilancia, se asocia con las manifestaciones delictuosas; y se entiende, por tanto, como prerequisite en la prevención de la delincuencia juvenil.⁸¹⁸

La importancia de la supervisión va estrechamente ligada a la necesidad afectiva de los adolescentes, pues se ha visto que los jóvenes que se sienten vigilados por sus padres, sienten a su vez que éstos se preocupan por ellos. Por lo general, los adolescentes que han mostrado tendencias delictivas se muestran más reticentes a la vigilancia familiar, por darse ésta de manera inadecuada o incompleta.

Evidentemente, la vigilancia que los padres ejerzan sobre el menor depende de las particularidades de éste, siendo indispensable, sea como medida preventiva o como tratamiento correctivo que se imponga al menor, capacitar a su vez a los familiares sobre como reaccionar ante una conducta irregular o ilícita de sus hijos.⁸¹⁹

C. La disciplina

Es responsabilidad de los padres, establecer un código disciplinario familiar que señale claramente los comportamientos que se consideran inaceptables, y las sanciones apropiadas que en su caso, resulte favorable imponer. Estas disposiciones informales, atenderán a los valores que la familia considera de mayor trascendencia, los cuales deben transmitirse claramente a los hijos. Si bien es cierto, distintos padres pueden diferir en sus opiniones sobre actitudes

⁸¹⁸ Cfr. TRÉPANIÉ, Jean. op. cit., pp. 6 y ss.

⁸¹⁹ IDEM.

determinadas, una familia con actitudes acordes con el orden jurídico fomentará en los menores una conducta socialmente aceptada.

De lo anterior se desprende que a menudo, los menores infractores provienen de familias caracterizadas por la deficiencia o la total carencia de códigos disciplinarios. Esto puede ser consecuencia de “falta de claridad en los anhelos de los padres”, o incluso, de tendencias ilícitas manifiestas de los padres, siendo común entonces la presencia de antecedentes delictivos familiares.⁸²⁰

Existe una clara relación entre la presencia o ausencia de métodos disciplinarios, y los problemas de conducta de los hijos. Es difícil establecer la intensidad adecuada que deben revestir los mismos. Nuevamente, apelamos a que la imposición de sanciones a los menores depende exclusivamente de las características personales de los mismos. Para muchos pedagogos, el hecho de regañar y reprender al niño resulta especialmente nefasto, como indicio de falta de capacidad para resolver los conflictos.

No obstante, tanto la insuficiencia como el abuso de los métodos correctivos, puede degenerar en conductas delictivas del menor, sobre todo cuando el niño o el adolescente valora los castigos que se le imponen como injustos, viéndose afectado el aprecio que siente por sus padres, y su adhesión a las normas que como adultos determinan.⁸²¹

No existen estudios que objetivamente muestren si los padres más estrictos y severos, tienen menos posibilidades de educar hijos delincuentes. Lo mismo puede decirse de los más accesibles. Al parecer, el riesgo disminuye sólo con los que sancionan en término medio; un grado moderado de castigo se ubica como la mejor opción, con todas las ambigüedades que conlleve.⁸²²

D. Actividades criminales de otros miembros de la familia

Si bien en este supuesto, la relación familia-delincuencia resulta palpable y constante, no es fácil determinar con exactitud a qué responde la vulnerabilidad de este tipo de menores.

Tratándose de padres delincuentes, puede suceder que por su misma situación irregular, no establezcan los vínculos necesarios o no ejerzan la suficiente vigilancia y disciplina sobre sus hijos, generando, sin desearlo, actitudes delictivas; o bien, en el caso contrario, que no tengan respecto a la comisión de delitos las mismas actitudes de censura que otros padres, no expresando

⁸²⁰ IDEM.

⁸²¹ IDEM.

⁸²² IDEM.

prohibición alguna respecto a la realización de los mismos. Igualmente, los hijos pueden simplemente imitar el comportamiento de los padres; o inclusive las autoridades pueden poner mayor atención en las familias con antecedentes delictivos, aumentando la posibilidad de que los menores sean identificados como autores de ilícitos; además de los otros muchos factores ajenos a la familia que pueden intervenir en la conducta infractora de un menor.⁸²³

Se afirma entonces que los hijos de padres delincuentes, tienen más probabilidades de ser delincuentes, que los hijos de padres no delincuentes. Pero ello no significa que el hijo de un delincuente deba serlo forzosamente; por ende, los menores que se encuentren en este supuesto deben ser objeto de mayor atención, brindándoles el tratamiento adecuado si ya han desarrollado conductas ilícitas; y si no lo han hecho, las prevenciones que llegasen a resultar necesarias, sin caer en estigmatizaciones perjudiciales.⁸²⁴

E. Actitudes específicas del padre y de la madre

No es sencillo pretender otorgar mayor o menor importancia al rol del padre o de la madre, como origen de una conducta delictiva en los hijos. Con todo y los cambios sociales del último siglo, en el mundo occidental sigue claramente definida la preponderancia del papel masculino sobre el femenino en la integración de la familia, aunque ello ha dejado de ser un patrón de normalidad; muchas mujeres han asumido la dirección de la familia, y en especial, el cuidado de los hijos ha dejado de ser tarea exclusivamente femenina.

Sin ahondar en el tema, por no ser nuestro objeto de estudio, podemos afirmar siguiendo a TRÉPANIER⁸²⁵, que las madres siguen estando más presentes que los padres en la vida cotidiana de los infantes, son una fuente más significativa de afectividad y de disciplina; empero, la mayoría de los estudios sobre la delincuencia de los menores otorgan más relevancia al ascendiente del padre en la realización de conductas ilícitas; sin menospreciar la contribución de la madre.

Por lo general, tratándose de hogares en los que debieran estar presentes cotidianamente el padre y la madre (el caso de los hogares 'disueltos' será analizado más adelante), es el primero quien con más facilidad se aparta del cuidado de los hijos, de tal suerte que su influencia en posibles actividades delictivas de los menores se da por inacción, por su falta de afecto o desinterés en la vida de los hijos. Así, según la descripción de FRÉCHETTE y LEBLANC, a quienes cita TRÉPANIER, el padre de un menor infractor suele estar "poco presente como

⁸²³ IDEM.

⁸²⁴ IDEM.

⁸²⁵ IDEM.

fuerza afectiva, demuestra una falta de comprensión y de disponibilidad, resulta poco abierto a la discusión y está raramente o nunca dispuesto a esbozar gestos de acercamiento. Ese padre es muchas veces negligente y demuestra un interés limitado por las actividades de su hijo, compartiendo rara vez tiempo libre con él (...) Aparece como una figura más o menos vaga en la cual es difícil para el joven moldearse.”⁸²⁶

A lo anterior, considerando que la mayor parte de los menores infractores se encuentran en la adolescencia y son varones, se agrega el hecho de que durante esta etapa del desarrollo “el joven tiene una necesidad mayor del padre del mismo sexo para consolidar sus experiencias y construir su propia identidad. [Los adolescentes] que viven este alejamiento afectivo y didáctico del padre tienen tendencia a reaccionar endureciéndose afectivamente y desechando las exigencias normativas de la sociedad.”⁸²⁷

III.- Estructura de la familia

A. Hogares disueltos

Durante el pasado siglo, el núcleo familiar tradicional de las sociedades occidentales, con el modelo de dos padres biológicos casados y con hijos sufrió severas transformaciones. Aunque sigue siendo la estructura familiar preponderante, en las últimas décadas se ha debilitado su homogeneidad, surgiendo nuevas formas, como las parejas que eligen no casarse o el elevado número de hogares con uno solo de los padres. Sin embargo, el hogar tradicional sigue siendo estimado como el más adecuado para criar hijos e impartirles una educación socialmente aceptable.

Lo anterior no significa que los modelos familiares diferentes al imperante estén condenados a generar hijos infractores, muy por el contrario; sin embargo, es interesante analizar los vínculos que pueden entablarse entre la delincuencia de menores y la disolución de la estructura familiar.

En primer lugar, es necesario hacer mención de que tratándose de padres divorciados, generalmente si han decidido separarse es por la imposibilidad de continuar con una vida conyugal armoniosa, de tal suerte que la separación, resulta mucho más positiva para los hijos que una vida en pareja llena de conflictos.

Lo anterior, de acuerdo con TRÉPANIÉ, ha sido señalado por investigadores como VAN VOORHIS (1988), quien afirma que los ‘malos hogares’ parecen suscitar

⁸²⁶ IDEM.

⁸²⁷ IDEM.

más riesgos para los jóvenes que los 'hogares disueltos'. Es decir, si pone fin a los conflictos, la ausencia de alguno de los padres puede ser beneficiosa si el otro manifiesta el afecto necesario a los hijos cuyo cuidado asume.⁸²⁸

La ruptura del seno familiar, por separación o divorcio raramente es invocada como causa directa de la delincuencia. Mucho menos en el caso de la muerte de alguno de los cónyuges. Sin embargo, actividades delictivas temporales de los hijos pueden ser una reacción extrema a la separación de los padres, cuando se presenta conjuntamente con otros factores como disminución de ingresos y posible transición a la pobreza acompañada de marginación social; o falta de capacidad del cónyuge para, por sí sólo, mantener una adecuada vigilancia y control sobre los hijos.

Con respecto a las consecuencias de una posible recomposición de la familia por la llegada de un nuevo compañero para el padre o la madre, no existe un criterio unánime entre los investigadores; dependiendo de las circunstancias y de las posibilidades de adaptación de la familia frente a la nueva condición, puede obrar positiva o negativamente en la conducta de los hijos; aunque suele aceptarse, que la presencia de un nuevo cónyuge no logra, igualar la presencia del padre o madre biológicos en una familia intacta.

B. Situación laboral de los padres

Si bien en la actualidad es común que las madres trabajen, hasta hace algunas décadas era poco cotidiano y hasta censurado socialmente. Eran consideradas indignas, se condenaba a aquellas madres que abandonaban egoístamente sus hogares, descuidando la educación de sus hijos.

Esta transformación de los roles femeninos a la que ya nos hemos referido, ha cambiado la estructura familiar; ninguna investigación sería afirmaria hoy en día que el trabajo de la madre puede fungir como causa de criminalidad en el menor, siempre y cuando, se brinde al niño un buen medio, una buena vigilancia y el afecto requeridos.

Y por lo que hace a la condición laboral del padre, suele ser el desempleo, y como consecuencia el empobrecimiento de la familia, lo que motiva una mayor vulnerabilidad social de ésta.

C. Número de integrantes de la familia

⁸²⁸ IDEM.

La cantidad de hermanos y hermanas con que cuenta una familia no suele asociarse con la delincuencia de los menores.

Sin embargo, a juicio de algunos investigadores, en unión con otros factores como la pobreza puede aumentar las probabilidades de que se presenten casos de menores infractores. Al respecto, TRÉPANIER menciona el trabajo de WELLS y RANKIN (1988), quienes han señalado que la elevada cantidad de hijos aumenta las dificultades de vigilancia y de disciplina para los padres, lo cual reduce su control directo sobre el comportamiento de cada uno de los hijos. Los padres pueden tener entonces tendencia a delegar algunas responsabilidades educativas en los hijos mayores, los cuales no necesariamente tienen las habilidades adecuadas para hacer frente a ello con éxito. Y si además de ello se considera que las familias numerosas enfrentan dificultades de orden económico más considerables que los demás, se señala que el hecho de pertenecer a una familia numerosa puede acrecentar la posibilidad para cada hijo de tener un hermano o hermana infractor.⁸²⁹

IV.- Posición social de la familia

Entre los factores sociales mayormente relacionados con la delincuencia, se señala evidentemente la situación socio-económica de los autores de ilícitos. El rol de la familia, difícilmente puede ser considerado actualmente en forma aislada en este fenómeno; el estudio del contexto social en que los menores crecen y se desarrollan, ocupa un papel prioritario al pretender comprender por qué pueden cometer hechos antisociales y son etiquetados como delincuentes.

Diversos criterios influyen en la opinión de los investigadores; se señala al derecho penal como instrumento de control utilizado por la clase dominante para proteger el orden social que conviene a sus intereses; o se cataloga a la pobreza como una causa directa de delincuencia, afirmando que los delincuentes muestran tendencia a provenir de medios desfavorecidos, especialmente en los delitos patrimoniales. Sin embargo, no existen estudios contundentes al respecto.⁸³⁰

TRÉPANIER refiere que en algunos trabajos reseñados por LEBLANC (1991), LARZELERE y PATTERSON (1990) se confirma que la posición social de los padres influye en la realización de actos ilícitos en los hijos, pero de manera indirecta, en la medida en que determina ciertos comportamientos familiares (la forma de educar a los hijos, por ejemplo) que tienen impacto directo sobre la conducta de los menores. WALGRAVE (1992) explica que los jóvenes provenientes de medios con bajo nivel socio-económico, están culturalmente desfavorecidos, y por ende, en estado de vulnerabilidad social. Estas familias, caracterizadas por las penosas

⁸²⁹ IDEM.

⁸³⁰ IDEM.

condiciones de vivienda, el desempleo y el fracaso social, se enfrentan día a día a la carencia del bienestar elemental, no estando los padres en condiciones de responder adecuadamente a las necesidades de sus hijos. La familia del medio desfavorecido opera entonces como un canal de transmisión y de reproducción de su vulnerabilidad social, y de los problemas con que ésta se asocia; entre ellos la delincuencia.⁸³¹

Se han enumerado algunas de las características que más comúnmente se consideran relacionadas con el fenómeno de los menores infractores. El mayor o menor grado de pertinencia de cada una de ellas, puede depender de las técnicas de investigación o de la postura asumida por los investigadores y otros aspectos que exceden el interés prioritario de este trabajo.

El conocimiento de la influencia familiar en la conducta infractora de los menores, es determinante para la aplicación de una correcta política en la materia, que abarque tanto aspectos preventivos como tratamientos correctivos. Siguiendo el trabajo de Jean TRÉPANIER, analizaremos ahora el papel prioritario que juegan los padres, en este ámbito.

Por lo que hace a la prevención *primaria*, dirigida a la población en general, numerosas tendencias subrayan la necesidad de incluir en los programas escolares, cursos que muestren a los alumnos cómo ser buenos padres. Para niños identificados como en estado de riesgo, la prevención escolar busca establecer vínculos de calidad entre los padres y el desarrollo de sus hijos; los programas de formación de habilidades educativas apuntan a la capacitación sobre cómo vigilar el comportamiento de los menores, como estimular los comportamientos positivos y sancionar eficazmente, sin excesos, las conductas negativas; cómo manejar los conflictos y las crisis en el hogar. Estudios sobre experiencias de este tipo, realizadas en el *Oregon Social Learning Centre*, muestran que a la edad de doce años, los niños incluidos en el programa habían estado menos comprometidos en actividades ilícitas que los demás.⁸³²

Tratándose de la prevención *terciaria*, aquella que apunta a la rehabilitación de los jóvenes ya identificados como autores de delitos, evitando su reincidencia, hay acuerdo en que los padres deben estar involucrados en las intervenciones judiciales y psicosociales que se hagan al menor. Los padres deben estar presentes, cuando menos, en los momentos claves del proceso; es importante para ello que el contexto del tribunal y la manera de actuar del personal no contribuyan a la incomodidad de los padres, quienes muchas veces se sienten culpables, juzgados por la detención y procesamiento de sus menores hijos. Las

⁸³¹ IDEM.

⁸³² IDEM.

autoridades deben insistir en la necesidad de la presencia de los padres, y crear las condiciones óptimas para ello.⁸³³

Debe reconocerse la responsabilidad de los padres en la conducta delictuosa del menor, lo cual de ninguna manera significa culpabilizarlos; los educadores especializados, deben entablar relaciones con los padres que tiendan a ubicarlos en el rol que les pertenece; ellos siguen siendo quienes pueden ejercer la vigilancia más rigurosa sobre sus hijos. Será conveniente poner la atención en el reconocimiento de sus errores como padres, y en la forma de repararlos.

Lo más recomendable, es la labor conjunta de los padres con los especialistas en la educación de los menores infractores. Es imprescindible estimular las capacidades educativas de los padres, y hacerlos tomar en sus manos sus responsabilidades educativas respecto de los hijos; el seguimiento de los profesionales es complementario del de los padres, pero no deberá reemplazarlo; siendo posible utilizar, recursos de ayuda para padres que se muestran incapaces en momentos de crisis intensas.⁸³⁴

Es necesario terminar con los esquemas aún persistentes, que no involucran a los padres en la resolución de los problemas de sus hijos. Es pernicioso, el hecho de que “padres y profesionales han [...] tenido durante mucho tiempo el sentimiento de que el centro de readaptación debía encontrar la solución milagrosa, que era su responsabilidad, de la misma forma que es la responsabilidad del encargado de un garaje devolver en estado de funcionamiento el vehículo que el fue confiado”. De ninguna manera, las autoridades encargadas del tratamiento de los menores deben fungir como los encargados de ese garaje, que podría devolver al niño o adolescente infractor en “correcto funcionamiento”. Es una ardua labor que sólo puede corresponder a los padres, adecuadamente asesorados, como conductores de la vida de sus menores hijos.⁸³⁵

V.- Programas de educación familiar

Carmen ORTE SOCÍAS⁸³⁶ comenta que los programas de educación y capacitación familiar dirigidos a familias que presentan problemas específicos, como, entre otros, enfermedades mentales de diverso tipo, conductas de adicción a drogas, situaciones permanentes de conflicto en la pareja, maltrato y abuso sexual, aislamiento social, marginación y pobreza, retraso mental, embarazos en la adolescencia, etc., han tenido un desarrollo muy importante en las últimas

⁸³³ IDEM.

⁸³⁴ IDEM.

⁸³⁵ IDEM.

⁸³⁶ Cfr. ORTE SOCÍAS, Carmen. “Programas de educación familiar: la familia como ámbito de acción socioeducativa”. En ORTEGA ESTEBAN, José (coord.). **Pedagogía Social Especializada**. Ed. Ariel, Barcelona, España, 1999, pp. 79-84.

décadas, hasta el punto que muchas de las actuaciones dirigidas a algunos problemas concretos, como por ejemplo la adicción a alcohol y drogas, incorporan a la familia de forma habitual en los programas de tratamiento. Además, desde el punto de vista de la prevención, los programas de capacitación de los padres en determinados problemas, como el maltrato físico y el abandono, dirigidos a padres de alto riesgo, han sido evaluados como efectivos.

Sin embargo, para la autora, aunque la educación y capacitación familiar es una buena estrategia de intervención para potenciar y fortalecer a la familia como forma de prevenir que necesite ayuda en el futuro, hay que tener en cuenta que buena parte de los problemas que ésta presenta exigen una visión mucho más amplia que la exclusivamente educativa. Los problemas que presentan muchas familias, tanto si se las cualifica de familias en situación de necesidad como si se las cualifica como de riesgo, exigen una visión de la familia como núcleo de la sociedad, y por tanto fiel reflejo de sus problemas, necesidades y tensiones. Así, la intervención sobre la familia debe contemplarse no solo desde una perspectiva intrafamiliar, sino también desde una perspectiva externa a la familia y que tiene que ver, tanto con cuestiones culturales y normativas, como con cuestiones relativas a los diseños urbanos y vecinales; asimismo, también influye la red de servicios educativos, sociales y sanitarios dirigidos a la familia y a la infancia, las políticas de empleo y vivienda, las ayudas económicas y sociales, la integración de minorías culturales, la organización de los servicios de protección infantil, la mejora de las condiciones laborales, las campañas informativas.⁸³⁷

De tal suerte que, para ORTE SOCIAS, la educación y formación familiar deben insertarse en el marco más amplio del desarrollo de planes y programas integrales que requieren el desarrollo de políticas intersectoriales en las que participen diversos sectores como el sanitario, el educativo, el social, las políticas de empleo y vivienda, que posibiliten que esta autonomía familiar sea realmente posible.⁸³⁸

⁸³⁷ IDEM.

⁸³⁸ Según señala la especialista, los programas de educación familiar que se llevan a cabo en relación a las diversas problemáticas sociales que padecen algunas familias, aunque comparten algunos objetivos y estrategias de intervención, presentan muchas diferencias dependiendo de:

- a) la institución o instituciones desde donde se llevan a cabo dichos programas, y que pueden ser centros de acogida de menores, centros de internamiento, centros de día de atención a problemas de adicción a drogas, etc.;
- b) la participación voluntaria o bien obligada de los padres, por un proceso judicial en curso, o ante la amenaza del mismo;
- c) categoría profesional, formación y referentes teóricos de los profesionales que intervienen, y que determinan, tanto los objetivos a los que se dirigen, como las formas de abordaje y las estrategias de intervención que se utilizan;
- d) el problema o problemas origen de la intervención, así como también el grado de importancia que se concede a la intervención con la familia en relación a su resolución;
- e) las personas a las que se dirige la intervención, ya que, en muchas ocasiones, los programas que teóricamente se dirigen a los padres, se dirigen en la práctica solo a las madres;

Con el objetivo de clarificar el panorama de estos múltiples programas, la autora los aglutina en dos grandes categorías:⁸³⁹

A) Programas de ayuda y apoyo familiar, y

B) Programas de preservación y reunificación familiar.

A) Programas de ayuda y apoyo familiar.

Determina ORTE SOCIA S que se trata de un conjunto de programas y actividades (con mayor o menor grado de sistematización), cuyos objetivos son el refuerzo y la estabilidad general de la familia. Estos programas se dirigen, entre otros, a la mejora de los conocimientos de la familia en relación al problema que suscita la intervención, y su papel en el desarrollo y mantenimiento del mismo; el entrenamiento en el manejo del estrés; la mejora de las relaciones de comunicación y de afecto; la gestión, organización y alivio en las cargas del hogar; el adiestramiento en el manejo y utilización de los recursos comunitarios, etc. A nivel general, se trata de incrementar la competencia y confianza de los padres respecto a sus propias habilidades para que puedan ser protagonistas de su propio cambio.⁸⁴⁰

Estos programas, prosigue la autora, integran un conjunto de actividades que, en conjunto o por separado, incluyen: intervenciones en el hogar familiar, servicios de respiro familiar, actividades estructuradas para reforzar las relaciones entre los padres o entre padres-hijos, grupos de apoyo familiar, centros de familia, escuelas de padres, y servicios de información y orientación familiar. Algunos de los problemas a los que se dirigen, y que motivan la intervención son:⁸⁴¹

1. Conductas antisociales.- englobarían un grupo de conductas que, dependiendo de si su diagnóstico se realiza desde el ámbito educativo, desde el ámbito de la salud mental o desde el ámbito de lo judicial, se denominan como: conductas antisociales, trastorno disocial o antisocial de la personalidad o delincuencia. Engloban un grupo de conductas muy variado, que incluye: iniciar peleas, agresiones y crueldad física contra personas y animales, agresiones e intimidaciones de tipo psicológico, utilización de armas, robo, abuso sexual en sus distintas formas, incendios, escaparse de casa y/o de la escuela, mentiras, allanamiento de morada, destrucción de la propiedad, etc.

De acuerdo con ORTE SOCIA S, este programa se dirige a las familias y a sus hijos, con la intención de que los padres puedan cambiar la conducta de sus hijos

f) el lugar o lugares donde se realiza la intervención y la frecuencia y duración de la misma, etc.

⁸³⁹ IDEM.

⁸⁴⁰ IDEM.

⁸⁴¹ IDEM.

a través de su propia conducta. Las técnicas e instrumentos que se utilizan incluyen un período de adiestramiento de los padres -primero en laboratorio y después en situaciones reales en el hogar-, incluyendo, tanto elementos teóricos, como elementos de adiestramiento en técnicas de auto-observación de la propia conducta, aplicación de refuerzos, modelado; con la finalidad de que los padres comprendan la importancia que tiene su propio comportamiento en relación al inicio y mantenimiento de las conductas de sus hijos.⁸⁴²

2. Delincuencia juvenil.- sobre este respecto, destaca la autora la importancia del contacto, asesoramiento y apoyo a la familia en aquellas conductas de sus hijos que han sido identificadas como ilegales por la Administración de Justicia. Lo anterior cobra sentido a partir de las normativas internacionales como las Reglamentaciones Mínimas Estándar de Naciones Unidas para la Administración de Justicia Juvenil (Reglas de Beijing), las Directrices de Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riyadh) que ya hemos mencionado en este trabajo; como consecuencia de los cambios experimentados en el tratamiento y rehabilitación de los delincuentes jóvenes.

Dichas medidas, sigue ORTE SOCÍAS, minimizan la importancia del internamiento, y maximizan la importancia de otras medidas alternativas; por ejemplo, la libertad vigilada, el arresto domiciliario, la suspensión de la sentencia o de su ejecución, los servicios a la comunidad, la mediación con la víctima o la comunidad, etc. Buena parte de las decisiones en la aplicación de estas medidas se fundamenta, entre otras, en la existencia de apoyo familiar, si bien están condicionados tanto por el tipo de medida impuesta al menor mediante la resolución del Juez de Menores, como por su duración. Los programas que se llevan a cabo con los menores son de tipo comunitario y sus objetivos generales, tanto respecto a la familia, como respecto a los jóvenes, son la implementación de las funciones de educación y control, desde la responsabilidad en las acciones.⁸⁴³

Los programas giran en torno a la modificación de conducta, y a la utilización de técnicas de orientación y asesoramiento en el uso de los recursos comunitarios.

3. Divorcio y separación.- en este apartado, la autora establece que la importancia y las implicaciones de la ruptura familiar pueden ser de mayor o menor magnitud para los hijos, dependiendo de la forma en la que se hayan llevado a cabo las negociaciones entre la pareja, y de la forma en la que se hayan establecido los acuerdos respecto a la custodia de los hijos, una vez concluido el proceso de ruptura, que condicionará, además, el tipo y las características de la relación de la pareja en el futuro. Desde esta perspectiva, los programas de

⁸⁴² IDEM.

⁸⁴³ IDEM.

mediación familiar se dirigen a las parejas que van a separarse o divorciarse y que presentan conflictos interpersonales, que dificultan la ruptura familiar desde una perspectiva de consenso satisfactoria para ambos. El objetivo de estos programas es ayudar a las parejas a lograr un entendimiento, en diferentes cuestiones que aparecen como problemáticas y dificultan la resolución adecuada de los conflictos como, por ejemplo, lo que se refiere al reparto de bienes, pensiones, vivienda y ajuar familiar, custodia de los hijos, con la finalidad de que la pareja pueda llegar a un acuerdo sobre los mismos y elaborar el convenio regulador de su separación o divorcio, utilizando a los mismos representantes legales.⁸⁴⁴

Teniendo en cuenta los diferentes aspectos, señala ORTE SOCIAS, tanto emocionales como materiales que implica la ruptura familiar, tanto para la propia pareja como para los hijos, en los programas de mediación se combinan distintos tipos de estrategias. La mediación incluye: aspectos de habilidad en el manejo de las relaciones interpersonales y en el manejo de conflictos, habilidades de negociación y conocimientos de derecho de familia. Las principales ventajas de la mediación, residen en que la pareja rompe su relación de una forma menos traumática, y con mayor control de la ruptura y de sus consecuencias, y además, les permite establecer formas de consenso y negociación para manejarse en el futuro, y poder planificar y consensuar las decisiones que tomen respecto a sus hijos.⁸⁴⁵

4. Programas de intervención familiar en el tratamiento de la adicción a drogas.- en relación a este ámbito, explica ORTE SOCIAS que los programas libres de drogas dirigidos a adolescentes politoxicomanos, se dirigen a distintos objetivos⁸⁴⁶. Éstos, junto a cuestiones de tipo informativo-educativo como aquellas que se refieren al proceso de adicción, y las causas y efectos de esta sobre el adicto y sobre el sistema familiar; se incluyen, también, otras de tipo educativo clínico como, el abordaje de la negación del problema y de su impacto en la familia, la superación de la culpa y la vergüenza, la identificación de aquellos comportamientos que contribuyen en el mantenimiento de la adicción, la

⁸⁴⁴ IDEM.

⁸⁴⁵ IDEM.

⁸⁴⁶ Objetivos:

- a) la orientación y el apoyo ante la situación de estrés e indefensión que constituye la constatación de que el hijo es, o está en proceso de ser, adicto a drogas;
- b) el conocimiento del problema que presenta su hijo y el rol que la familia tiene en el mismo, y
- c) el aprendizaje de habilidades de manejo y afrontamiento del problema.

Tanto los programas como los objetivos que se llevan a cabo, continúa la autora, dependen del momento por el que atraviesa la familia, así como también del momento del proceso en el que se encuentra su hijo respecto a la conducta problema. De forma general en lo que respecta al cambio de conducta, los objetivos suelen dirigirse a:

- a) el manejo de conflictos a partir del aprendizaje de solución de problemas;
- b) el entrenamiento en habilidades de comunicación;
- c) el aprendizaje y modificación de actitudes y conductas;
- d) el aprendizaje en la aplicación de normas de disciplina adecuadas y coherentes.

adjudicación de responsabilidades, los efectos de la codependencia, el desbloqueo de los sentimientos reprimidos, la construcción de nuevas relaciones sociales y la superación del aislamiento, el abordaje de la separación, el ajuste a la abstinencia y el abordaje de las recaídas.⁸⁴⁷

B) Programas de preservación y reunificación familiar.

En relación a estos programas, afirma ORTE SOCÍAS, se trata de un conjunto de programas dirigidos a los niños y a sus familias, diseñados para ayudar a las familias en situación de riesgo o en crisis. La diferencia principal, respecto a los programas reseñados en el apartado anterior, consiste en que su objetivo básico no es tanto el habilitar a los padres para que ayuden a sus hijos, como el de intervenir sobre los padres para que no solo no produzcan daños irreparables en sus hijos, sino para que puedan protegerlos y cubrir sus necesidades en el futuro. Los programas se dirigen inicialmente a proteger a los niños de aquellos padres que maltratan de diferentes formas a sus hijos, tanto antes como después del nacimiento, mediante diversas acciones y omisiones lesivas de tipo físico, acciones y omisiones de tipo emocional, abuso sexual, consumo de tóxicos, explotación, corrupción.⁸⁴⁸

Estos programas, prosigue la especialista en comentario, son tanto de tipo preventivo como de tratamiento, y su finalidad principal (a corto, mediano o largo plazo) es la preservación de la familia, tanto si el niño no ha nacido todavía, como si ya ha sido apartado temporalmente de ésta debido a una situación de riesgo o de desamparo. Se incluyen entonces programas de prevención dirigidos a evitar la separación del niño del hogar, como programas de tratamiento dirigidos a ayudar a la reunificación familiar, programas de seguimiento y apoyo para los niños que retornan a casa, servicios de respiro y ayuda en el hogar, y programas para mejorar las habilidades parentales.

1. Programas de prevención del emplazamiento.- Según asevera ORTE SOCÍAS, se dirigen a aquellas familias que debido a diferentes problemas y situaciones de adversidad, como por ejemplo, adicción a drogas, maltrato conyugal, enfermedades mentales, etc., presentan alguna forma de desestructuración e incapacitación para ejercer sus funciones de forma adecuada, aumentando sus probabilidades de maltratar o abandonar a sus hijos. El objetivo de los programas se dirige a proporcionar mecanismos de contención y ayuda familiar de diverso tipo, que eviten la intervención de la Administración mediante la separación del niño de su familia.⁸⁴⁹

⁸⁴⁷ IDEM.

⁸⁴⁸ IDEM.

⁸⁴⁹ IDEM.

Aunque estos programas se dirigen a problemas muy diferentes y las estrategias que se utilizan están relacionadas tanto con las situaciones de dificultad que generan las crisis familiares como del apoyo social y material con que el cuenta la familia, ORTE SOCIA S considera que hay que tener en cuenta que prevenir las situaciones de crisis que generan riesgo o desprotección en el niño no es una tarea fácil; muchas veces los programas se inician, no tanto antes de que aparezcan los problemas, cuando estos ya han aparecido y se intenta prevenir su ocurrencia en el futuro.

2. Programas de reunificación familiar.- Expone ORTE SOCIA S, que el principal nexo de unión de los programas englobados dentro de esta categoría consiste en que se llevan a cabo una vez que el niño ha sido apartado del hogar familiar, y se encuentra acogido en una institución u hogar funcional, o bien en una familia. Estos programas se fundamentan en la temporalidad de la medida, y en el retorno del niño a la familia, aunque algunas veces ello no sea posible.⁸⁵⁰

VI.- Funciones y acciones de la escuela en el caso de los menores en dificultad

Siguiendo el trabajo de María Pilar SARTO MARTÍN⁸⁵¹, afirmamos que el ser humano inicia y continúa su proceso de socialización en la familia y en la institución educativa. Estos dos contextos adquieren un protagonismo esencial en el desarrollo de las personas, sean cuales fueren sus características personales y sociales. Esa es la razón por la que es importante analizar las funciones que competen a la escuela en relación con los menores en dificultad y en conflicto social.

1. El entorno familiar

Por lo que hace al ámbito familiar, SARTO MARTÍN postula que el entorno familiar es el espacio vital donde el hombre adquiere sus vivencias personales y sociales. El aprendizaje de emociones y de los patrones de interrelación personal, sientan sus bases en la familia. La autora hace referencia a la investigación realizada en 1994 por Carole HOOVEN y John GOTTMAN, de la Universidad de

⁸⁵⁰ Los programas dirigidos a la familia, escribe la especialista, presentan diferentes modalidades que se pueden centrar en tres momentos básicos:

- a) la preparación de la acogida familiar o institucional;
- b) el trabajo paralelo con la familia y con el niño mientras dura el emplazamiento, y
- c) la preparación del retorno al hogar.

El objetivo principal de estas tres fases de la intervención es minimizar los efectos de la desvinculación familiar, tanto en el niño como en la familia, y favorecer la reunificación familiar.

⁸⁵¹ SARTO MARTÍN, María Pilar. "La escuela y los menores en dificultad: funciones y acciones". En ORTEGA ESTEBAN, José (coord.). op. cit., pp. 85-91.

Washington, la cual analiza el impacto que para los hijos tiene la forma en que los padres manejan las interacciones.⁸⁵²

Según este estudio, los hijos de los progenitores emocionalmente competentes se relacionan mejor que los chicos de los padres no competentes, experimentan menos tensiones en la relación familiar, se muestran más afectivos con ellos, saben autocalmarse y sufren menos altibajos emocionales y problemas conductuales agresivos. Por otra parte, estos niños suelen ser más populares y más queridos por sus compañeros. Igualmente, parece ser que este tipo de entorno emocional produce beneficios considerables a nivel cognitivo, favorece la atención en clase y contribuye a un mejor rendimiento académico.

En sentido contrario, esos autores indican también las consecuencias negativas que provocan estilos de parentaje emocional, demostrando que las tres modalidades de comportamiento emocional más inadecuadas vienen determinadas por el completo desinterés hacia los sentimientos de los hijos; por la permisividad total y el menosprecio y por la falta de respeto hacia los sentimientos del niño.

SARTO MARTÍN hace referencia a otras investigaciones en la materia, como las de OLWEUS (1980) y LOEBER y STOUTHAMER-LOEBER (1986), quienes estudian el tipo de entorno educativo o las condiciones de infancia que crean niños agresivos. Algunos de sus resultados indican que determinados factores como las relaciones de los padres (carencias afectivas y de dedicación, escasez de amor y de cuidado); el grado de permisividad de la persona de referencia en edades tempranas ante las conductas agresivas (exceso de libertad y ausencia de control); el empleo por parte de los progenitores de métodos de afirmación de la autoridad y, por último, las características inherentes al propio chico (factores de personalidad), producen conductas agresivas interpersonales con iguales o adultos, ya sean de tipo verbal o físico.⁸⁵³

En términos generales, el aprendizaje de las conductas en general y de las habilidades emocionales en particular comienza en la misma cuna; es decir, señala SARTO MARTÍN, en el entorno familiar donde se dan unos determinados esquemas de relación entre los miembros que componen la unidad familiar, de manera que, observando modelos se instauran formas de comportamiento desde edades tempranas; las emociones también se aprenden, al igual que los hábitos básicos como los de autocuidado, higiene, alimentación y sueño/descanso, entre otros. A través de las funciones que desempeña la familia se van conformando estilos personales de vida para afrontar los acontecimientos, resolver los problemas y tomar decisiones. Habilidades personales todas ellas que inciden

⁸⁵² IDEM.

⁸⁵³ IDEM.

directamente en la vertiente propiamente individual de estabilidad y funcionamiento personal, y en la dimensión social relacional.⁸⁵⁴

Citando a GOLEMAN, “todos los intercambios que tienen lugar entre padres e hijos acontecen en un contexto emocional y la reiteración de este tipo de mensajes a lo largo de los años acaba determinando el meollo de la actitud y de las capacidades emocionales del niño”.⁸⁵⁵

2. El entorno escolar.

Al adentrarse en el nuevo mundo de la escuela, el niño, aún de corta edad, se instala también en el entorno de la comparación social entre iguales. Es un momento crítico para el ajuste social. Haciendo referencia a HAMBURG (1992), SARTO MARTÍN menciona que la escuela constituye un auténtico crisol y una experiencia que influirá decisivamente en la adolescencia y más allá de ella. La persona que fracase en la escuela pondrá en movimiento una actitud derrotista que repercutirá a lo largo de su vida. Por tanto, es necesario atender ese espacio educativo en el cual las personas, como consecuencia de los elementos implicados, de las acciones educativas y del tiempo de permanencia en el mismo, va a proporcionar experiencias formativas únicas.⁸⁵⁶

En resumen, prosigue la autora, los niños se escolarizan con unas experiencias ya aprendidas y condicionadas por su medio de referencia sociofamiliar, que además de ser diferentes a las de sus compañeros, van a marcar de manera importante sus otras experiencias futuras. La escuela, como institución educativa reglada, deberá impartir aprendizajes básicos, transmitir cultura y valores, fomentar la adquisición de hábitos, desarrollar la autonomía personal, la sociabilidad, el pensamiento crítico-reflexivo y preparar al alumno para la incorporación a la sociedad como miembro activo de la misma, mejorando los entornos sociales.⁸⁵⁷

Ahora bien, habiendo manifestado la importancia de la familia y de la escuela como agentes socializadores, pasa SARTO MARTÍN a profundizar en el tipo de escuela que defiende, y que a nuestro parecer, es un modelo cuya aplicación, con las adecuaciones necesarias, claro está, dictadas por los expertos en cada ámbito; resultaría sumamente benéfico para la materia de menores infractores.⁸⁵⁸

SARTO MARTÍN apuesta por una escuela comprensiva e inclusiva que, fundamentada en el respeto, la solidaridad y la igualdad, atienda a las diferencias

⁸⁵⁴ IDEM.

⁸⁵⁵ GOLEMAN, D. **Inteligencia emocional**. Ed. Kairos, Barcelona, España, 1997, p. 306.

⁸⁵⁶ SARTO MARTÍN, María Pilar. op. cit., pp. 86 y ss.

⁸⁵⁷ IDEM.

⁸⁵⁸ IDEM.

individuales. Una escuela que entienda la heterogeneidad como un valor positivo, que se ocupe de los distintos ritmos de aprendizaje, de la multiplicidad de intereses diversos y del desarrollo de capacidades de tipo cognitivo, personal y social. Una escuela no centrada en un currículo de contenidos conceptuales, sino que, además de trabajar procedimientos y actitudes, estimule y prime el esfuerzo individual y colectivo. En definitiva, una escuela de tipo democrático.

Para la autora, estamos demasiado acostumbrados a concebir la escuela como un espacio de reproducción cultural y social en donde se prepara a los alumnos según el origen social hacia destinos bien diferenciados; ella expresa su desacuerdo con esta idea, de escuela reproductora que establece como funciones prioritarias la enseñanza, la evaluación y la certificación, y defiende, por el contrario, el marco de una escuela crítica que evite que las diferencias sociales se conviertan en diferencias educativas; una escuela que incida en la transformación de situaciones sociales.⁸⁵⁹

La fundamentación teórica de este modelo, debe inscribirse en la concepción de las escuelas democráticas-inclusivas. Al respecto, APPLE y BEANE sostienen que las escuelas democráticas deben fomentar la idea de intereses compartidos, libertad en la interacción y participación y desarrollo de las relaciones sociales. Para esto es preciso, que los centros cuenten con el liderazgo de unos educadores que proporcionen a los estudiantes experiencias de aprendizaje que promuevan la forma de vida democrática. Las preocupaciones centrales de las escuelas democráticas son la libre circulación de ideas; la fe en la capacidad individual y colectiva de las personas para crear posibilidades de resolver problemas; el uso de la reflexión crítica y el análisis para valorar ideas, conflictos y políticas educativas; la preocupación por el bienestar de otros y el bien común; la lucha por la dignidad y los derechos de los individuos y minorías. Una comprensión de que la democracia no es tanto un ideal que se debe perseguir como un conjunto idealizado de valores que se deben vivir y que deben guiar la vida de una comunidad.⁸⁶⁰

En el mismo sentido, para SARTO MARTÍN las dos condiciones esenciales que deben darse en las escuelas para que estas sean democráticas, pasan, en primer lugar, por crear estructuras y procesos democráticos que regulen el funcionamiento de la vida en el centro y, en segundo lugar, por ser capaces de diseñar un currículo fundamentado en experiencias democráticas. En líneas generales, este planteamiento pone de relieve la cooperación entre las personas, se preocupa por el bien común valorando la diversidad e intentando conseguir la igualdad de oportunidades para todos.⁸⁶¹ Según APPLE y BEANE, “los educadores

⁸⁵⁹ IDEM.

⁸⁶⁰ Cfr. APPLE, Michael W. y BEANE, James A. (comps.). **Escuelas democráticas**. Morata, Madrid, España, 1997, pp. 20 y ss.

⁸⁶¹ SARTO MARTÍN, María Pilar. op. cit., pp. 88 y ss.

democráticos tratan no solo de disminuir la severidad de las desigualdades sociales en la escuela, sino de cambiar las condiciones que las crean".⁸⁶²

El modelo de escuelas inclusivas, sigue SARTO MARTÍN, se inicia en el mundo anglosajón como consecuencia de la implantación de la integración y posteriormente de la aparición del concepto de alumnos con necesidades educativas especiales que incluye, dentro del grupo, a aquellos alumnos que presentan diferencias importantes en el aprendizaje como consecuencia de sus características personales y/o sociales. Este tipo de escuelas pretende una educación lo más humana y eficaz posible para todos los alumnos que asisten a ella, con independencia de sus capacidades, limitaciones o problemática social.⁸⁶³

Una escuela inclusiva ve a todos los alumnos como capaces de aprender, señalando que los principios de esta educación deben centrarse en un cambio curricular, en la enseñanza y aprendizaje interactivo, en la participación. SARTO MARTÍN juzga que la institución debe cumplir la función de atención igualitaria a todos los alumnos sin diferencias de ningún tipo; poniendo especial énfasis en aquellos que se encuentran en dificultad personal y/o en conflicto social.

Ahora bien, para poner en funcionamiento procesos de mejora y transformación, la autora defiende la idea de que la función básica de la escuela es compensar desigualdades sociales haciendo individuos cada vez más autónomos y socializados. Desde una concepción democrática, inclusiva y comprometida del significado de la escuela, las acciones para iniciar procesos transformadores deben partir de dos frentes: desde el profesorado y desde toda la comunidad educativa. Un nuevo desarrollo curricular, organizativo y profesional que dé respuesta a las necesidades de los alumnos en dificultad y/o conflicto social.⁸⁶⁴

Lo anterior lo explica en los siguientes incisos:⁸⁶⁵

a) Desarrollo curricular. El nuevo modelo de desarrollo curricular contempla dos principios: el de justicia curricular y el de escolarización común.

- Principio de justicia curricular frente al currículo hegemónico: un principio que defiende los intereses de los menos favorecidos.

CONNELL⁸⁶⁶, analiza ampliamente todo lo relacionado con el currículo, desde las políticas educativas hasta los contenidos escolares; las experiencias y tareas

⁸⁶² APPLE, Michael W. y BEANE, James A. op. cit., p. 28.

⁸⁶³ SARTO MARTÍN, María Pilar. op. cit., pp. 89 y ss.

⁸⁶⁴ IDEM.

⁸⁶⁵ IDEM.

⁸⁶⁶ CONNELL, Robert W. **Escuelas y justicia social**. Morata, Madrid, España, 1997, pp. 47 y ss.

que se promueven; los recursos y materiales didácticos; la función de la evaluación y el rol del profesorado, de las familias y del propio alumnado, considerando que “las ideas básicas incuestionables sobre lo que constituye las destrezas básicas, cuales son las áreas nucleares de conocimiento, y como se divide el propio conocimiento, son producto de una política compleja conformada por la más amplia distribución del poder social”.⁸⁶⁷ Todo lo que rodea al proceso de enseñanza como consecuencia de este enfoque tiene consecuencias a nivel de justicia, ya que el aprendizaje conlleva a creer en el desigual mérito de cada uno de los alumnos.

Dado que la adquisición de destrezas se produce siguiendo ritmos distintos y por caminos diferentes, sostiene SARTO MARTÍN, y en base a una evaluación competitiva, se producen interpretaciones desiguales sobre las características, capacidades y competencias de determinados alumnos con sus efectos sociales, derivados de la propia naturaleza del conocimiento. Como contrapartida a este modelo curricular hegemónico que condena a los grupos excluidos, la autora propone una estrategia que invierta la hegemonía: un modelo que se fundamente en aprendizajes comunes sustentado en la experiencia de las personas desfavorecidas, que se extienda a todo el sistema, otorgando cierta ventaja a los grupos actualmente desfavorecidos.⁸⁶⁸

Citando nuevamente a CONNELL, “esta idea es el primer principio de justicia curricular de carácter comprensivo, sin obviar que la tarea es ardua y compleja pero posible. Si se hace el trabajo intelectual necesario, el punto de vista de los menos desfavorecidos se convierte en la base de un programa de organización y transmisión del conocimiento.”⁸⁶⁹

- Principio de escolarización común.

Sobre este principio, SARTO MARTÍN expone que comporta prácticas no jerarquizadas y sí cooperativas en las que todos los alumnos se benefician tanto de su propio aprendizaje como del de los demás, participando de igual manera.⁸⁷⁰

b) Desarrollo organizativo. Sugiere SARTO MARTÍN, que los nuevos cambios ocurridos en estos años suponen también una remodelación o un tratamiento distinto en las estructuras organizativas de los centros educativos. No sirve el modelo organizativo de la escuela de los grupos homogéneos, puesto que la heterogeneidad implica necesidades que comportan distintas formas de aprender a la par que distintas formas de enseñar. Un nuevo diseño organizativo trata de adoptar un compromiso global de innovación en el que se impliquen todos los

⁸⁶⁷ IBIDEM, p. 47.

⁸⁶⁸ SARTO MARTÍN, María Pilar. op. cit., pp. 89 y ss.

⁸⁶⁹ CONNELL, Robert W. op. cit., p. 61.

⁸⁷⁰ SARTO MARTÍN, María Pilar. op. cit., pp. 90.

elementos del centro; desde los personales (profesionales, alumnos y padres) hasta los recursos materiales y comunitarios.⁸⁷¹

GIMENO SACRISTÁN y PÉREZ GÓMEZ, afirman que “el problema de las diferencias sociales y psicológicas de los individuos plantea un reto a la organización de todo sistema de educación, exigiendo una reconversión de estructuras, currículos, funcionamiento y mentalidad que arroja al sistema vigente, porque la idea de la obligatoriedad y del currículo común se inserta en un sistema que no fue pensado para eso, sino para responder a la diferencia social existente.”⁸⁷²

c) Desarrollo profesional. No se puede concebir el desarrollo curricular sin el desarrollo del profesor. SARTO MARTÍN plantea la necesidad de partir de una actitud positiva desarrollando un pensamiento divergente, un razonamiento deductivo, propiciar situaciones de colaboración, interdependencia positiva que se enmarquen dentro de la responsabilidad compartida entre todos los profesionales implicados. El tipo de formación varía desde formación en centros hasta formación planificada. La importancia radica en vincularla a las prácticas y a los contextos concretos. Una interacción constante entre las prácticas y los procesos de investigación que posibilite la comprensión de la realidad educativa.⁸⁷³

Una opción es el llamado método socioafectivo. Para JARES, éste pugna por el “desarrollo conjunto de la intuición y del intelecto encaminado a desarrollar en los alumnos una más plena comprensión tanto de sí mismos como de los demás, mediante la combinación de experiencias reales y de análisis.”⁸⁷⁴

A manera de conclusiones, SARTO MARTÍN asevera que defendiendo la participación de toda la comunidad educativa en la búsqueda de un modelo de escuela que disminuya o extinga los problemas que presentan los jóvenes provenientes de entornos desfavorecidos, se contará con programas específicos que, trabajando conjuntamente con el educador en medio abierto, promuevan cambios en el medio familiar y social. Las posibilidades de mejora son reales, aunque la autora no niega que se trata de un proceso lento no exento de dificultades por la cantidad de elementos implicados en su desarrollo; pero que merece la pena, si con ello se consigue, a través del medio escolar, trabajar por una sociedad en la que las diferencias sociales no lleguen a convertirse en diferencias educativas permanentes.⁸⁷⁵

⁸⁷¹ IDEM.

⁸⁷² GIMENO SACRISTÁN, José y PÉREZ GÓMEZ, Ángel. **Comprender y transformar la enseñanza**. Morata, Madrid, España, 1994, p. 220.

⁸⁷³ SARTO MARTÍN, María Pilar. op. cit., pp. 90 y ss.

⁸⁷⁴ JARES, Xesús. **Educación sin fronteras**. Grupo de trabajo de Educación de la Comisión Española de la UNESCO, MEC-CIDE, Madrid, España, 1995, p. 65.

⁸⁷⁵ SARTO MARTÍN, María Pilar. op. cit., p. 91.

VII.- El papel de los medios de comunicación. La publicidad

Según apunta Julio VERA VILA, la educación especializada, como cualquier otra acción socioeducativa, cumple una función pedagógica de mediación entre el sujeto y el medio social que busca:

- a) ayudar a toda la población a satisfacer sus necesidades básicas reconocidas como derechos;
- b) intervenir en el proceso de socialización de modo que permita a las personas alcanzar la autonomía y el grado de sociabilidad necesarios para participar de forma crítica y responsable en la vida social;
- c) realizar labores preventivas de ciertos déficit y
- d) colaborar en la promoción de la persona y de la comunidad, incrementando sus niveles de bienestar social.⁸⁷⁶

Sin embargo, explica, lo que caracteriza a la educación social especializada es que se orienta a sujetos con dificultades de adaptación, que han sido excluidos de los cauces del sistema considerados normales y que necesitan un ayuda particular para integrarse en ellos en igualdad de condiciones. Incluye a personas de toda edad y colectivos marginados como la prostitución, la delincuencia, los toxicómanos, las minorías étnicas, etc.; centrándose en la infancia y la adolescencia desprotegida y desposeída de sus derechos.⁸⁷⁷

VERA define la publicidad como un fenómeno socioeducativo condicionante de la educación social que o bien facilita y promueve la sociabilidad a través de aprendizajes valiosos, o bien los inhibe y los dificulta. Contribuye, en el marco de la sociedad de consumo, a instaurar valores y modelos de vida; en los anuncios comerciales se dan cita valores axiológicos, ideológicos, educativos, psicológicos, tratados a través de todos los lenguajes, y condensados en mensajes cortos, seductores y divertidos.

La publicidad no ha inventado nuestra cultura, estima VERA, pero sí es una de las variables que más la orientan y condicionan; es el sistema publicitario en su totalidad el que, formando parte del entramado cultural de nuestra época, tiene el poder de condicionar los procesos de desarrollo personal y social.⁸⁷⁸

En este contexto, es posible considerarla como un agente de socialización secundaria, con unos métodos y unos efectos determinados, que interactúa con

⁸⁷⁶ VERA VILA, Julio. "La publicidad en educación social especializada". En ORTEGA ESTEBAN, José (coord.). op. cit., pp. 123-126.

⁸⁷⁷ IDEM.

⁸⁷⁸ IDEM.

los demás agentes socializadores: la familia, el grupo de iguales, la escuela, los medios de comunicación social, la comunidad próxima, el ámbito laboral, las organizaciones sociales, religiosas, políticas, sindicales, etc.

De tal suerte, según argumenta el autor, que la publicidad provoca efectos, pero también tiene sus causas al ser sólo una fuerza relativa y dependiente de otros fenómenos y variables socioculturales. Por ello, para comprender mejor su papel hay que situarla en el contexto de la sociedad de consumo, un modelo de sociedad basado en el predominio de lo material, lo económico, el individualismo y los valores de usar y tirar.⁸⁷⁹

En su funcionamiento, a juicio de VERA, es posible considerar cuatro factores fundamentales:

- a) la persona humana;
- b) las carencias, deseos o seducciones de esa persona;
- c) el marketing y la publicidad que son los estímulos desencadenantes, y
- d) una ideología, un sistema de pensamiento, un sistema económico-social, que favorece y refuerza la disposición de la persona para el cambio permanente, para el consumo, para los valores materiales, haciendo de ella un tipo humano dúctil, manejable, seducible, presto a la novedad y obediente a los dictados de la moda.⁸⁸⁰

En ese sistema, continúa VERA, son fundamentales dos hechos íntimamente relacionados: el descrédito de las ideologías del esfuerzo, de la renuncia, de los deberes y el apogeo de las doctrinas de la libertad individual más sesgadas hacia la desculpabilización, el hedonismo y la tolerancia egoísta; que hacia la solidaridad, la lucha por los derechos humanos y el compromiso con ciertos deberes, sin los cuales no hay actitudes prosociales, ni desarrollo del bienestar social.⁸⁸¹

Así las cosas, los mensajes comerciales son en la actualidad los auténticos portavoces del sistema social actual, mucho más que los agentes de socialización tradicionales. Si se observa a los jóvenes cuando están reunidos en grupo, afirma el autor, se verá que una parte importante de lo que expresan, piensan, sienten y desean lo han aprendido a través de la comunicación publicitaria, por lo tanto, no puede despreciarse su influencia.

De lo anterior se explica que hoy en día, el sistema pueda permitir la rebelión de los jóvenes contra los agentes de socialización tradicionales, porque la

⁸⁷⁹ IDEM.

⁸⁸⁰ IDEM.

⁸⁸¹ IDEM.

publicidad y la moda son un instrumento más eficaz de control social en conjunción con otros dispositivos sociales.

Así, expone VERA, mientras que los objetos son personalizados a través de la imagen de marca, los sujetos son instrumentalizados mediante la seducción y la creación de nuevas necesidades. La publicidad ayuda a satisfacer las necesidades inmediatas y puntuales, pero oculta el hecho de que es imposible satisfacer todas las necesidades de una vez por todas. La moda y el proceso de obsolescencia programada se encargan de elevar cada vez más los umbrales de satisfacción y de crear nuevas necesidades, lo que les convierte en fuerzas coercitivas inconscientes. En realidad, el proceso se produce de tal manera que a más satisfacción en el acto puntual de compra, más probabilidad hay de perpetuar el consumo como un hábito automatizado, es decir, poco reflexivo y, por lo tanto, controlado.⁸⁸²

Ese control, prosigue el especialista, se ejerce sobre todo aquello que es susceptible de ser comercializado, fundamentalmente los objetos materiales. Las necesidades emocionales, intelectuales o espirituales también son invocadas por la publicidad, pero siempre al servicio de los bienes materiales y, al igual que ellos, con un período de caducidad establecido, sin el cual no sería posible el consumo permanente; se viven tiempos de emociones y valores tan intensos como fugaces.

A lo señalado, el autor agrega tres elementos más para destacar la importancia del fenómeno publicidad/moda en los procesos de socialización y control social. Uno es su forma divertida de ejercer ese control, de modo que sus mensajes no se perciben como una imposición, sino como algo placentero y desinhibidor; y es bien sabido que nadie opone resistencia ante aquello que no sólo no se percibe como coacción, sino que se presenta como gratificante. Otro es que esa influencia desinhibidora que debilita la capacidad crítica está reforzada por la nueva concepción de los espacios de consumo como espacios de placer, donde se puede hacer casi todo sin salir de ellos. Son una especie de internados de consumo divertido. El tercero es que la comunicación publicitaria como género está impregnando una buena parte de los mensajes socialmente relevantes (políticos, religiosos, educativos, mediáticos, etc.), rendidos ante su eficacia.⁸⁸³

Desde el punto de vista de la educación especializada, a VERA le interesa estudiar especialmente el papel de la publicidad como un agente más de integración y exclusión social⁸⁸⁴, en base a tres factores interrelacionados. Según

⁸⁸² ÍDEM.

⁸⁸³ ÍDEM.

⁸⁸⁴ Esta función la analiza desde tres puntos de vista:

a) la capacidad adquisitiva de los sujetos como requisito para entrar y mantenerse en la dinámica del consumismo, una dinámica que afecta a todas las clases sociales, pero especialmente a las que han de hacer un mayor esfuerzo económico en proporción a sus ingresos;

expone VERA, refuerzan el papel de control social de la publicidad/moda por medio de esos sutiles mecanismos de integración, estratificación y exclusión social, lo cual no es sino una fuente de frustración e insatisfacción para amplias capas de la población de todas las edades. ¿Cuánto puede estar dispuesto a sacrificar un joven de una zona marginal a cambio de poseer una moto, unas zapatillas de marca o una buena cazadora? La publicidad estimula la capacidad de ensoñación de los consumidores procurándoles una representación de sí mismos y de la realidad superior a lo habitual y cotidiano, una seudorrealidad en la que todo va bien, todo tiene arreglo, todo es posible y la gente es guapa, feliz y divertida. Pero al igual que la exagerada belleza de los cuerpos publicitados puede inducir a ciertas personas a infravalorar su propio cuerpo y el de las personas que le rodean hasta producirles enfermedades como la anorexia, la belleza ficticia de la seudorrealidad que crea la suma de los anuncios puede hacer que muchas personas se sientan alienadas, insatisfechas e inadaptadas en su realidad cotidiana, afectadas de una especie de anorexia existencial.⁸⁸⁵

Para el educador especializado también tiene mucho interés la publicidad infantil. VERA⁸⁸⁶ analiza cuidadosamente como los niños y adolescentes son especialmente vulnerables ante la persuasión publicitaria debido a su falta de madurez, su dependencia de los grupos de referencia y su espíritu imaginativo y lúdico.⁸⁸⁷

Por lo anterior, a juicio del autor, es importante la regulación legal de la publicidad infantil de modo que los derechos básicos de los menores queden protegidos. Ha de tenerse en cuenta, no obstante, la dificultad de esta tarea debido a que los niños están expuestos a toda la publicidad callejera y a que los horarios en los que ven la televisión incluyen las franjas horarias de los adultos.⁸⁸⁸

b) la presión que ejerce la moda sobre quienes se resisten a la tendencia de la mayoría, especialmente los jóvenes, los sujetos con menor autoestima y los que tienen más difícil destacar en otras facetas, y

c) el valor simbólico que la publicidad incorpora a los productos, cargándolos de significados sociales como el prestigio social, la belleza, la modernidad, el poder, el atractivo físico, etc.

⁸⁸⁵ IDEM.

⁸⁸⁶ IDEM.

⁸⁸⁷ Por otra parte, los niños y jóvenes son un objetivo importante para la publicidad comercial por varias razones:

a) por la amplitud y rentabilidad del mercado infantil;

b) porque constituyen un capital como futuros consumidores, y

c) porque condicionan también el consumo de sus padres y de otros niños.

Algunos de los efectos de la publicidad sobre los niños, son los siguientes :

a) ascenso de los valores materiales;

b) inculcación de valores adultos;

c) condicionamiento publicitario del juicio;

d) uniformidad de gustos a escala mundial, al menos en los países con mejor nivel económico; y

e) hábitos de compra teledirigidos.

⁸⁸⁸ IDEM.

Ello es especialmente importante en aspectos como la publicidad del tabaco y el alcohol; productos cuyo consumo aumenta entre la población juvenil. De acuerdo con VERA, existe una publicidad explícita y otra implícita de los mismos, siendo ésta última superior a la primera en una proporción de diez a uno. La publicidad implícita es aquella en la que el producto aparece, por ejemplo, en una escena de una película o de una teleserie; el problema es que mientras que la publicidad explícita de estos productos se puede regular, es muy difícil adoptar medidas eficaces contra la implícita. Aunque las investigaciones parecen sugerir que la publicidad no logra incrementar el consumo, lo que sí hace es mantenerlo, reforzarlo e impedir una caída de las ventas a través de la captación de los jóvenes por medio de estrategias de segmentación del mercado y una diversificación de precios. Desde luego, la publicidad es sólo un potente estímulo desencadenante y reforzador, pero variables como la presión de los iguales y el precio tienen más influencia en el inicio y abuso del alcohol y el tabaco que la propia publicidad.⁸⁸⁹

En otro contexto, VERA considera que una clasificación de los efectos de la persuasión publicitaria en el ámbito de la educación especializada ha de incluir necesariamente el estudio de los estereotipos y los prejuicios creados o reforzados por la misma; la ausencia de ciertos grupos marginados de la sociedad como los enfermos, las minorías étnicas, los minusválidos, etc., en la publicidad comercial. Esta cuestión es importante, porque la imagen que transmite u oculta de los mismos contribuye a que la sociedad desarrolle hacia ellos actitudes integradoras o excluyentes. Su presencia está limitada prácticamente al sector del marketing social que en estos días debate las implicaciones éticas del uso de las imágenes de la marginación en la promoción de asociaciones humanitarias.⁸⁹⁰

Sin embargo, puede que sea posible reorientar los contenidos de la publicidad hacia objetivos de la pedagogía social especializada; puesto que es atractiva y forma parte importante de la vida cotidiana, merece la pena trabajar críticamente en torno a ella los conocimientos, los valores, actitudes y los procedimientos favorecedores de la sociabilidad, de la integración social y de la solidaridad.

Entonces, no se pone en duda la importancia de los medios de comunicación para modificar el clima social, principalmente a través de la promoción de modelos a imitar entre la audiencia y creando o modificando actitudes. En efecto, hoy los medios de comunicación no sólo desempeñan un papel crucial en el conocimiento de la realidad social, sino que en parte la crean. El cambio de actitudes para minimizar los prejuicios y favorecer la integración positiva, en este caso, de los menores infractores, puede basarse, bajo esta perspectiva, en la aplicación de algún modelo de comunicación persuasiva, al marco de las relaciones

⁸⁸⁹ IDEM.

⁸⁹⁰ IDEM.

intergrupales, creando una conciencia y una opinión favorable hacia estos grupos marginados y hacia la tolerancia.⁸⁹¹

VIII.- ACTIVIDADES FÍSICO-DEPORTIVAS

La actividad física tiene hoy un protagonismo y una importancia que convierten al deporte en el signo distintivo de la época, siendo posiblemente, junto a la educación y la competitividad, uno de los tres universales o principios culturales que en el siglo XXI tendrían vigencia y validez por encima de diferencias geográficas y socioeconómicas.

De tal suerte que, de acuerdo con Antonio PETRUS ROTGER, en el contexto de nuestra sociedad, la actividad física y, de manera especial el deporte, se convierten no sólo en un recurso educativo que posibilita a la población joven realizar una actividad sana y lúdica, sino también en una fácil manera de asumir los valores, las normas y los comportamientos del grupo social en el que se desea integrar a la población más joven. Hacer deporte no es sólo practicar una actividad necesaria para la salud, sino también la oportunidad de mejorar física y psíquicamente. La práctica de una actividad física o un deporte bien entendidos capacita a los practicantes para una correcta relación social, favorece la convivencia, ayuda a la integración social y es un eficaz instrumento para aprender el valor social de las normas y de los reglamentos.⁸⁹²

La estrecha relación del deporte con nuestro objeto de estudio, radica en que uno de sus efectos menos estudiado es su función preventiva y de cohesión social.

Según aporta PETRUS ROTGER, el deporte, además de otros beneficios, tiene también un importante valor terapéutico y es un eficaz recurso para solucionar determinados problemas derivados de la convivencia y de la inadaptación social; una actividad física y deportiva bien diseñada es un apreciable factor de socialización para los que siguen practicándolo. Un deporte bien diseñado es un factor de educación social de primer orden.⁸⁹³

Por ello, sigue el autor, la actividad física y el deporte debieran ser parte importante del proceso educativo y, en consecuencia, formar parte de toda oferta integral de la educación. Se trata de posibilitar un deporte en el que se valore más el esfuerzo que los resultados, un deporte en el que se fomente el respeto al

⁸⁹¹ GUILLÉN GESTOSO, Carlos, et. al. "Programas de prevención de la marginación. Los prejuicios sociales". En RUIZ RODRÍGUEZ, Ramón y NAVARRO GUZMÁN, José Ignacio (coords.). op. cit., pp. 445-446.

⁸⁹² Cfr. PETRUS ROTGER, Antonio. "La práctica físico-deportiva en centros de protección y reforma". En ORTEGA ESTEBAN, José (coord.). op. cit., pp. 127-136.

⁸⁹³ IDEM.

contrario y se destierre la idea de que la derrota es síntoma de fracaso. En el ámbito de la educación social es importantísimo evitar que la actividad física o la práctica de un deporte sean entendidas como un premio o un castigo frente a otras materias escolares o bien como una práctica permitida o prohibida como premio o castigo de ciertos comportamientos previos. En la educación especializada es necesario, que el deporte tenga presente la manera de ser y las especiales características de los practicantes.

Por lo que hace al ámbito de la educación especializada, PETRUS ROTGER encuentra que además de muchos otros valores, el deporte se convierte en una lúdica manera de adquirir capacidades sociales, es una manera de diversión y de recreo, es una manera de socializarse y de entender el “juego” de las normas sociales. Cuando la actividad física y el deporte huyen de la obsesión por ganar, por la competitividad y por los resultados, fomentando, por el contrario, el progreso personal de cada uno de los practicantes, cuando fomenta la tolerancia y la no violencia, el deporte se convierte en un notable recurso de educación social.⁸⁹⁴

En otras palabras, agrega el autor, el deporte es para muchos de los jóvenes con problemas de integración y adaptación social una escuela de comunicación y una fuente para generar positivos afectos y sentimientos. A mayor abundamiento, citando a LE BOULCH, se afirma que “para asegurar el equilibrio y el correcto progreso del niño es necesario facilitarle una formación corporal de base. Este aspecto de su educación ha de permitirle el desarrollo de sus aptitudes motrices y psicomotrices en relación a los aspectos afectivos, cognitivos y sociales de su personalidad.”⁸⁹⁵

Si bien, por diversidad de razones, ROTGER encuentra una menor tendencia a la práctica deportiva entre los chicos y chicas pertenecientes a clases sociales bajas y, en consecuencia, relacionados con la educación especializada; al margen de ello, asevera que el deporte puede ser un valioso instrumento de educación social, ya que permite, de manera fácil, que los ciudadanos adquieran algunas de las capacidades necesarias para participar, como miembros efectivos de la sociedad. Gracias al deporte, los sectores menos favorecidos de la población pueden comprender más fácilmente el juego social, los roles que a cada uno le corresponde jugar en la sociedad que le ha correspondido vivir. El deporte puede servir, asimismo, para comprender las maneras de actuar, sentir y pensar del grupo, al tiempo que ayuda a aceptar sus normas y valores. A través de la actividad física y gracias al deporte pueden establecerse auténticas estrategias de prevención social, ya que ambas son actividades que posibilitan a los sectores de población con más problemas de cohesión y de integración social comprender y acceder a los beneficios de una convivencia normalizada.⁸⁹⁶

⁸⁹⁴ IDEM.

⁸⁹⁵ LE BOULCH, Jean. **El deporte escolar**. Paidós, Barcelona, España, 1991, p. 20.

⁸⁹⁶ PETRUS ROTGER, Antonio. op. cit., pp. 134-136.

En resumen, para PETRUS ROTGER, gracias a su entidad multifuncional, el deporte se ha convertido en un recurso social de amplio espectro. Su capacidad lúdica, sus positivos efectos sobre la salud, el valor pedagógico de la competición, el fundamentarse en el respeto a unas normas o reglamentos, su capacidad comunicativa, etc., convierten al deporte no sólo en uno de los fenómenos más importantes del mundo actual, sino también en uno de los más eficaces recursos educativos en el mundo contemporáneo. En otros términos: si es fundamentalmente fuera del aula donde se configura la personalidad social de la población más joven, la actividad física y el deporte son dos recursos pedagógicos que cabe recuperar, principalmente para trabajar en el campo de la educación especializada. El deporte es una actividad no siempre inteligentemente aprovechada.⁸⁹⁷

El educador especializado, continúa PETRUS ROTGER, puede y debe servirse del deporte para ofrecer un correcto modelo de actitud y comportamiento. Saber escuchar a los jóvenes deportistas, aprender a preguntarles, hacerles participar y motivarlos son objetivos fácilmente alcanzables a través del diseño de un deporte educativo y formativo. Estimular a los chicos a que adopten iniciativas cuando suelen mostrarse remisos, generar confianza en sus posibilidades cuando con frecuencia la han perdido, fomentar en ellos la colaboración cuando se muestran individuales, evidenciarles sus avances, etc., son algunos de los muchos objetivos propios de la educación especializada fácilmente asumibles a través del deporte.⁸⁹⁸

Si bien el deporte en la educación especializada debe privilegiar al practicante y no al resultado, ello no significa que deba tratarse de un deporte exento de competitividad y al margen del deseo de ganar. Para PETRUS ROTGER,

⁸⁹⁷ Recordando el trabajo de Mossen PEDRAGOSA, fundador de la Casa de Familia, institución barcelonesa que a principios del siglo pasado dio cobijo a un gran número de inadaptados y marginados sociales, quien fue uno de los primeros educadores “especializados” que comprendió el valor socializador del deporte y lo incorporó a su ideario pedagógico como una de las estrategias fundamentales; PETRUS establece claramente las características que debe asumir el deporte para considerarse como educativo.

Para él, deviene en un factor conformador de una correcta personalidad de los practicantes, cuando el educador especializado asume frente al deporte, un principio irrenunciable: “el objetivo final de la práctica deportiva reside en el educando, no en el deporte”; lo más importante es el practicante, no el rendimiento deportivo. En este sentido, PETRUS postula que una actividad deportiva es educativa cuando facilita el desarrollo de los aspectos afectivos, cognitivos y sociales de la personalidad. En una sociedad intercultural, es cada día más necesario que la educación social oferte actividades que permitan una positiva interacción entre los jóvenes de distinta procedencia social. En la educación especializada, concretamente, deben proponerse prácticas deportivas en las que se asegure la participación de todos aquellos que lo deseen y se genere una dinámica que favorezca la construcción del conocimiento social. Es necesario, por lo tanto, que el educador especializado disponga de la adecuada información acerca de como funcionan esos procesos sociales en cada uno de los educandos.

⁸⁹⁸ IDEM.

es innegable la importancia educativa de la competición y la competitividad; gracias a ellas se lucha, pedagógicamente, contra el tiempo, contra el espacio, contra las propias limitaciones; de tal suerte que para el autor, la competición deportiva bien entendida es una inmejorable oportunidad para juzgarse a sí mismo, para verificar la propia capacidad a la hora de afrontar nuevas situaciones o nuevos retos. La competición deportiva permite dar pruebas de tolerancia ante los otros y es una óptima oportunidad para expresarse socialmente.⁸⁹⁹

Además, reflexiona el autor, deporte es sinónimo de diversión; no debe relacionarse en consecuencia, el deporte con conductas agresivas ni con la frustración del perder; sería una irresponsabilidad que la educación especializada no aprovechara el deporte para educar los afectos y sentimientos, los impulsos agresivos, la ansiedad, la colaboración, la autoconfianza, la motivación, y principalmente la frustración, origen de muchas de las actitudes violentas. La competitividad y la violencia no pueden ser los valores que por imitación aprendan los educandos; es preciso, en consecuencia para PETRUS ROTGER, hacer entender a los educadores especializados que la lógica del deporte crea al ganador y al perdedor, y que bajo ningún concepto se debe recurrir a la violencia como recurso para ganar o hacerse con la victoria. Es necesario que la educación especializada vea el ganar y el perder como dos situaciones normales, no permitiendo nunca que el perder se convierta en una situación frustrante generadora de comportamientos violentos.⁹⁰⁰

Otras muchas facetas del deporte permiten ubicarlo como valioso factor socializador; desde la perspectiva de la interculturalidad, medita el autor, el deporte bien entendido y diseñado crea solidaridad y puede ser un adecuado espacio para aprender y dar pruebas de tolerancia frente a los otros. El educador especializado debe hacer del competir un adecuado espacio para desarrollar la solidaridad y la integración entre culturas y entre las diferencias. Deporte equivale a participar y compartir; pues en el deporte no existen barreras lingüísticas, ni culturales; al ser los códigos muy sencillos y casi universales, el deporte puede ser

⁸⁹⁹ En consecuencia, sostiene PETRUS ROTGER, la competitividad deportiva es necesaria; pero en el ámbito de la educación especializada es de vital importancia no caer en el error de diseñar un deporte excesivamente competitivo, no someter a los chicos al principio de la obsesiva rivalidad. Se trata de situar la competitividad en un punto de equilibrio, no permitiendo que la función educativa y socializadora del deporte quede sometida o anulada por la obsesión competitividad y por el ganar.

La función de los educadores sociales no es hacer ciudadanos competitivos, sino ciudadanos y ciudadanas competentes; así que no debe caerse en el error de someter el deporte a la retórica de las medallas o al dramatismo del estadio, afirma el autor, sino al contrario, diseñar un deporte en el que tan importante sea saber ganar como reconocer con dignidad la superioridad del otro; ganar y perder son las dos caras de la moneda del deporte, y una sin la otra no tiene sentido, como no tiene sentido hacer del ganar y de la victoria el único argumento válido del deporte, si se quiere que éste sea un recurso socializador.

⁹⁰⁰ IDEM.

usado como estrategia para integrar a aquellos chicos y chicas que proceden de otras culturas o se muestran distantes, aislados.

Para lo anterior, ejemplifica el estudioso en comento, es suficiente seleccionar una actividad deportiva en función de las capacidades y características de aquellos que menos participan de las actividades del grupo y que el educador especializado haga pública evidencia de la especial capacidad deportiva de estos chicos para observar la capacidad integradora y socializadora del deporte.⁹⁰¹

Asimismo, agrega el pedagogo, en la medida en que los colectivos con dificultades de integración social suelen rechazar todo tipo de normativa que proceda de la autoridad adulta, una de las ventajas del deporte reside en que su propia estructura implica la aceptación de las normas del reglamento. Estos reglamentos deportivos actúan, en sentido estricto, a manera de leyes que es preciso obedecer, siendo el árbitro o juez el encargado de su acatamiento por parte de los practicantes. El reglamento deportivo se convierte así en un casi imperceptible o inconsciente factor de socialización. El reglamento deportivo es, por analogía, una manera de aprendizaje del reglamento social e incluso del reglamento institucional.

Debe señalarse además, que el deporte posibilita romper con ciertas actitudes de aislamiento; según PETRUS ROTGER, permite que a través del equipo o el club aparezcan nuevas formas de agrupamientos sociales; si el objetivo de la educación social es facilitar la integración social, el deporte permite formar parte de grupos sociales en los que no aparecen marginaciones derivadas de la procedencia o condición social, pues en el deporte no existe otra 'marginación' que la propia capacidad o esfuerzo deportivos, marginación que a su vez debe ser rechazada en toda propuesta de educación social. El deporte no entiende de procedencia social ni cultural, ya que en la actividad deportiva puede sobresalir cualquiera que se esfuerce y tenga un mínimo de capacidad natural para el deporte.⁹⁰²

Así las cosas, se entiende la trascendencia que la práctica deportiva puede tener en el ámbito de los menores infractores y su tratamiento, de carácter eminentemente educativo.

Deporte y educación especializada, manifiesta PETRUS ROTGER, se conjugan porque coinciden en su afán por integrar a las personas en un grupo, coinciden en el deseo de que éstas sean receptivas a unas normas de conducta y en el convencimiento de que las personas pueden encontrar, en la práctica deportiva, una cierta norma conductual. Cuando el tiempo libre es mucho, cuando la

⁹⁰¹ IDEM.

⁹⁰² IDEM.

inactividad laboral y el vacío va minando poco a poco la personalidad, cuando el alcohol o la droga empiezan a ser acompañantes habituales, el deporte puede ser no solo una valiosa válvula de escape, sino también un instrumento para mejorar la salud y para reconducir la vida de no pocos chicos y chicas.⁹⁰³

A manera de una propuesta práctica, en consonancia con todo lo expuesto con anterioridad, PETRUS opina que es preciso que la propuesta deportiva aplicada al ámbito de la educación especializada rompa con la mayoría de los diseños de competición deportiva existentes y huya del modelo de competición. Para ello es preciso que se respeten algunos principios elementales⁹⁰⁴, en la medida en que

⁹⁰³ IDEM.

⁹⁰⁴ 1. Diseñar un ambiente deportivo en el que la socialización, el desarrollo del niño y los aprendizajes sean lo más importante. La salud, las habilidades motoras, desarrollar la autoconfianza, respetar a los contrincantes, tomar decisiones, trabajar en equipo, cooperar, compartir; son objetivos educativos a los que no puede renunciar el deporte en el ámbito de la educación social especializada.

2. Crear un clima y proponer prácticas deportivas en las que la especialización, la obsesión competitiva y los resultados no supongan un factor de desmotivación y abandono, como sucede con mucha frecuencia con niños y niñas de 12-13 años.

3. Dada la personalidad de los chicos y chicas de los centros de protección y reforma, parece aconsejable estructurar las actividades de manera que se mantenga el nivel de motivación de los jóvenes deportistas. En este sentido, es aconsejable no olvidar los objetivos de habilidades a corto plazo y los objetivos deportistas a más largo término. La información técnica ante el error debe ser siempre motivadora y positiva.

4. Evaluar a los jóvenes deportistas en función al esfuerzo y los logros y mejoras personales. Evitar el error de comparar la habilidad y los resultados deportivos de un chico o chica con otros jugadores más hábiles o preparados. En este sentido es aconsejable recompensar tanto el acierto deportivo como el esfuerzo, la actitud participativa y el comportamiento de los jugadores.

5. Desarrollar actitudes positivas en los deportistas -mejora personal de los resultados, adquisición de nuevas destrezas o habilidades, diversión, etc.- y huir del obsesivo objetivo de derrotar al contrario o adversario.

6. Buscar un educativo equilibrio entre el aprendizaje, el juego, la diversión, el esfuerzo y la competición. Evitar en todo momento la competición negativa y la humillación del contrario, sin cuya presencia y 'colaboración', el deporte sería inexistente. Debe transmitirse a los jóvenes deportistas que 'ganar no es sinónimo de éxito ni perder de fracaso'.

7. Evitar el deporte en el que se dé la precoz especialización y facilitar, por el contrario, una práctica deportiva polivalente y variada. En la educación especializada es necesario fomentar una actividad física y un deporte que permitan desarrollar una educación integral y armónica, adaptada siempre que sea posible a las personales características de los practicantes.

8. Solicitar de los organizadores que los reglamentos y reglas deportivos sean respetados, fomentando al máximo que una competición deportiva sea un ejemplo de juego limpio. En este sentido es necesario organizar competiciones en las que el fair play, la colaboración y la participación no solo sean 'teóricos valores positivos' sino que puedan tener incluso su reflejo en el hecho de ganar o perder un partido.

9. Modificar los reglamentos que benefician al infractor y ser estrictamente escrupuloso en la falsificación de datos. El valor socializador derivado del cumplimiento de un reglamento es tan especialmente importante en educación social que bajo ningún concepto puede aceptar que 'para ganar se pueda engañar'.

estos y otros 'factores' similares sean tenidos en cuenta a la hora de valorar que equipo ha ganado un partido, posiblemente se evitará caer en la obsesión por el gol y se fomentarán los valores socializadores del deporte.

Es labor de los educadores especializados llevar a la práctica los principios anteriores. Ellos, según afirma el educador, tienen el derecho y la obligación de orientar el deporte de los chicos y chicas que son objeto de su atención, de saber que tipo de deporte hacen y con que profesionales y con que filosofía o principios lo practican. Si para los educandos, hacer deporte es un problema de horarios, un problema de recursos económicos o bien de dotaciones, será necesario reclamar a la Administración las adecuadas soluciones. Lo que no tiene sentido es convivir con un deporte no educativo ni socializador; no es coherente un deporte que en vez de ser un recurso educativo se convierta en un problema educativo más.⁹⁰⁵

Se reclama, concluye el autor, *un deporte al servicio de nuestros chicos y chicas, no unos chicos al servicio del deporte.*⁹⁰⁶

IX.- Programas de capacitación laboral

De conformidad con los criterios de José Ángel LÓPEZ HERRERÍAS, mucho de lo que los humanos vivimos, percibimos, sentimos, amamos y luchamos en nuestra existencia esta trabado de trabajo. El reto y la exigencia del trabajo es un comportamiento raíz de nuestra construcción personal. La educación social especializada ha de encontrar en esta dimensión psicocultural del mundo laboral

10. Huir de competiciones deportivas en las que ganar o perder sea consecuencia exclusiva del gol o del punto. Ganar o perder un partido debería ser el resultado final de un conjunto de factores tales como:

- a) Asistencia al partido de todos los jugadores (con ello se valora la participación y el compromiso con el equipo y con los compañeros).
- b) Participación en el juego de todos los deportistas (se evita así que jueguen los buenos y los menos capacitados se vean 'excluidos' por el afán de ganar el partido).
- c) Comportamiento de los jugadores a lo largo del partido (un adecuado comportamiento deportivo puede ser más importante que meter un gol).
- d) Actitud de respeto hacia el árbitro y sus decisiones (nada impide que pueda 'puntuarse' la actitud de los jugadores hacia las normas y hacia la persona encargada de hacerlas cumplir).
- e) Comportamiento de los entrenadores hacia sus jugadores y hacia el equipo contrario a lo largo del encuentro (los entrenadores y monitores deben ser el espejo educativo en quien se puedan mirar los jugadores).
- f) Actitud de los padres espectadores del encuentro (al ser valorados y tener repercusión su comportamiento en la puntuación final del partido, los padres no adoptarán tan fácilmente las negativas actitudes que es posible observar en algunas ocasiones).
- g) Presentación y vestimenta deportiva cuidadas (cada circunstancia social obliga a adoptar una determinada manera de presentarse).

⁹⁰⁵ IDEM.

⁹⁰⁶ IDEM.

una fuente primigenia de educación y de prevención o superación de todo tipo de riesgos y desviaciones.⁹⁰⁷

Ahora bien, la pregunta para LÓPEZ HERRERÍAS es: ¿qué hacer pedagógicamente desde el horizonte de lo social establecido y de lo cultural justificador para que el trabajo sea vivido como una propuesta positiva de convivencia, de realización y de progreso personal y comunitario? Al respecto, apunta dicho autor que desde el punto de vista económico, el problema del trabajo hace que: a) una parte de la población, al no tener trabajo quede desheredada, subvencionada, improductiva, y b) el conjunto de la población pueda entrar en un circuito de progresiva dependencia y miseria al no generar bienes intercambiables de forma autónoma^{908 909}.

Ante este panorama, ¿cuál es la labor de los educadores sociales en el ámbito de la capacitación para el trabajo, considerando en especial los dos factores que en la actualidad determinan el papel del trabajo en la sociedad, como lo son el desarrollo de las nuevas tecnologías y la persistencia del desempleo? Al respecto, LÓPEZ HERRERÍAS enuncia una serie de constataciones que sirven de reflexión para situar el escenario social y cultural en que hoy los jóvenes han de seguir realizándose en la interdependiente y corresponsable exigencia del trabajo. El olvido o desconocimiento de estas linealidades, provoca ineludiblemente el incremento de la crisis y el mantenimiento de un atolladero del que la salud personal y colectiva exigen salir.⁹¹⁰

En palabras de LÓPEZ HERRERÍAS, la tramoya de este nuevo escenario tiene, al menos, los siguientes andamiajes; mismos que explica en estos términos:⁹¹¹

a) La consideración de la Tierra, aldea global, planeta interdependiente, en lo económico, social, político, en lo cultural: todos estamos ligados y repercutidos de alguna manera con todos. La Comisión de la UNESCO para la Educación del siglo XXI, resume en cuatro funciones las insistencias educativas: aprender a saber, aprender a hacer, aprender a convivir, aprender a ser. Reducir la fe en la educación, en la ciencia, en el gobierno y, de hecho, en la capacidad de la humanidad para planificar y conformar continuamente el futuro, es empobrecedor

⁹⁰⁷ Cfr. LÓPEZ HERRERÍAS, José Ángel. "Programas de capacitación laboral". En ORTEGA ESTEBAN, José (coord.). op. cit., pp. 137-144.

⁹⁰⁸ IDEM.

⁹⁰⁹ Asimismo, desde lo societario, no tener trabajo provoca:

a) sensación de desligamiento y exclusión, y

b) reacciones de inseguridad y dependencia.

Por lo que hace al aspecto ideativo/creencial de la realidad, vivida sin trabajo, genera:

a) una disminución de la conciencia de participación y de responsabilidad;

b) una visión del mundo negativa y extremadamente conflictiva, y

c) una conciencia de desamparo e inutilidad, difícil de superar.

⁹¹⁰ IDEM.

⁹¹¹ IDEM.

y lamentable. Educar y educarse siempre es un quehacer de esperanza: pedagogía cultural, el ánimo esperanzado y despierto de una nueva realización educativa.

b) La necesidad de ser creativo, aventurero e innovador. Mantenerse en los estilos productivos de la tradición es acercarse al abismo de la pobreza. Es imprescindible alistarse en el entramado de fuerzas emergentes en la creación de riqueza: industrialización, servicios, turismo, ciencias avanzadas, nuevas fuentes de energía.

c) Vivir la vida económica como intercambio, como comercio, como internacionalización, que requiere un matizado estilo formativo. En la actualidad, la internacionalización de la economía, de las empresas o grupos de empresas plantea problemas a un nivel completamente diferente e interpela con dureza a las estructuras de formación establecidas. En los contenidos, es ineludible el aprendizaje lingüístico entre los niños y entre los adultos. También se requiere formación en *management*, manejo adecuado de lo intercultural: conocer de otras culturas el concepto del tiempo, el respeto del orden del día, las relaciones hombre/mujer en el trabajo, tocarse o no y el de la distancia idónea, al hablarse. Esto provoca un aprendizaje de la relatividad, de la apertura de mente. Gracias a ese proceso de internacionalización, cada vez es mayor la demanda de inversiones en recursos humanos, como capital base de todo quehacer económico. También plantea un cambio de rol en el transmisor de conocimiento, modelo pasado de formador, para convertirse en un ingeniero o arquitecto de formación.

d) Entender el conjunto del sistema del “trabajo productivo”: “las tareas monetarizadas”, definidas como empleo, bien conocido y atendido en cuanto a niveles de información y formación. Las actividades de connotación social que se pueden remunerar, remunerar parcialmente o no remunerar en términos monetarios, referidas a muchos servicios de interés social; las actividades de autoproducción y autoconsumo, que vuelven a tener sentido.

e) Que todas las personas puedan participar de esos tres tipos de trabajo con más flexibilización laboral y más distribución del trabajo disponible. Tal vez, la básica fiscalidad hacia el hoy/mañana inmediato de las sociedades no sea culturalizarse en el pago directo de tributos, sino en el justo reparto del trabajo disponible, para que todos los ciudadanos puedan ser personas de pleno derecho en el conjunto de la vida social y cultural.

f) Animar una mayor monetización en inversiones para el trabajo productivo, formación, promoción empresarial, sin que ese capital mantenga estilos de privilegio financiero, casi usurero, al tiempo que se mantiene un esfuerzo por no aumentar los costes, que pueden generar paro e inflación, por la escasa competitividad de unos productos muy caros.

g) Avanzar en la Línea cultural de no mantener la seguridad de la dependencia del Estado, sino vivir el convencimiento de que la pobreza está esencialmente ligada a la incapacidad para enfrentarse a los riesgos al carecer de la capacidad material y cultural para: potenciar la formación, animar otra educación, promover entre todos otra cultura: otros símbolos, otras actitudes, otros lenguajes, otros valores.⁹¹²

Una problemática especial la representan los jóvenes en riesgo y conflicto social, mal escolarizados y con la problemática de verse fácilmente expulsados del mundo laboral. Aquí es relevante e insustituible la prevención sociocultural, que sea capaz de corregir en la medida de lo posible la presencia de, en este caso, los jóvenes en riesgo y en conflicto social^{913 914}.

X.- Tratamiento socioeducativo de grupos de menores con problemas particulares

Uno de tantos problemas de los menores inadaptados es la drogadicción, fenómeno multicausal que ha sido objeto de mucha atención en estos últimos años. De acuerdo con los comentarios de Luis PANTOJA VARGAS, las

⁹¹² IDEM.

⁹¹³ Al respecto, LÓPEZ HERRERÍAS sostiene que desde razones sociales y de carácter psicológico, motivación, superación de traumas, desarrollo de la autoestima, no se pone en duda el valor educativo y reconfigurador de los aprendizajes y entrenamientos laborales, que:

a) acercan a la vida;

b) neutralizan y olvidan las vivencias negativas de la actividad escolar reglada, y

c) provocan confianza personal y potencial capacidad de independencia psíquica y económica.

Así, en el caso de España que LÓPEZ HERRERÍAS describe, los programas de capacitación laboral y otras modalidades organizativas promovidas por ONGs, asociaciones diversas, básicamente se mueven en la propuesta de estos componentes formativos:

1) área de Formación Profesional Específica (FPE): preparar a los alumnos para la incorporación a la vida activa en el desempeño de puestos de trabajo que no requieran el título de FP de Grado Medio. El centro nuclear del aprendizaje es el taller: ámbito y motor de los intereses y motivaciones del alumno, que desde ese quehacer concreto estructura el proceso de enseñanza-aprendizaje;

2) área de formación y orientación laboral: acercar el marco legal del trabajo y de las relaciones laborales al alumno, además de prepararle para la búsqueda activa de trabajo y el autoempleo;

3) área de formación básica: que los jóvenes puedan adquirir o afianzar los conocimientos o capacidades generales derivables de la enseñanza obligatoria; debe desarrollarse por medio de programas individualizados habida cuenta de la personal historia de cada joven dentro del sistema escolar, muchas veces con secuelas de distanciamiento, cuando no de rechazo;

4) actividades complementarias: deportivas y culturales, que ayuden al logro de las finalidades de los programas y provoquen la adquisición de actitudes positivas hacia el uso del ocio;

5) acción tutorial: a lo largo de todo el proceso formativo de los jóvenes: actividades que potencien la autoestima, la motivación, la integración e implicación social y el dominio de habilidades sociales y de autocontrol.

⁹¹⁴ IDEM.

intervenciones en este ámbito se han dirigido principalmente a la potenciación de programas de prevención, tanto dentro como fuera de la escuela.⁹¹⁵

Sin embargo, sostiene PANTOJA VARGAS, el problema del uso de drogas por parte de los menores es más bien un síntoma de muchas otras situaciones deficitarias en sus vidas; no únicamente en el caso de los menores de alto riesgo, sino también de los que, considerándose normales, consumen alcohol, tabaco o hachís.

Ante ello, debe entenderse que el problema de la drogadicción es muy complejo, y por lo tanto no son válidos ni planteamientos ni soluciones simplistas o unilaterales. Para el autor en comento, considerar el uso y abuso de la droga por parte de los menores como su problema fundamental es un punto de partida falso; pues esta posición significaría convertir el consumo de drogas en sinónimo de delincuencia y perdición o en el vehículo para convertir a la sociedad en algo enfermizo. Satanizar a la droga no es quizá el mejor modo de entender el problema ni mucho menos de trabajar educativamente con los menores que la consumen; lo que importa es atender al conjunto de sintomatologías que provocan la dependencia o la entrega de su libertad a las sustancias.⁹¹⁶

Así las cosas, y dado que la expresión “menores drogadictos” suele tener una connotación peyorativa; PANTOJA VARGAS sustenta que si bien existen grupos de menores, marginalizados o no, que han adquirido la condición de drogadictos, es decir que abusan y dependen de las sustancias, no es el común denominador; de tal suerte, que es indispensable eliminar las actitudes de lástima y condena, y asumir posturas objetivas en el problema que analizamos.⁹¹⁷

En primer lugar, para atender la cuestión del consumo de drogas en menores, la educación especializada ha de tener en cuenta algunas importantes puntualizaciones; PANTOJA VARGAS señala que sobre las características de los menores adolescentes, en líneas generales, el adolescente es un sujeto en evolución, en maduración, que busca su identidad, su mismidad, que intenta saber quien es él, que no es ni un niño ni un adulto. En la etapa de los 10 a los 20 años se producen procesos de liberación, autonomía, intentos de independencia del sistema familiar, oposición a las normas establecidas; se intenta hallar el propio camino, en donde la importancia del grupo es trascendental para configurar su propia personalidad. Pero además es una etapa de zozobra, duda, grandes silencios, soledad, inseguridad, angustia, miedo, apatía, de perenne insatisfacción y búsqueda de sensaciones cada vez más fuertes. Los adolescentes sienten la necesidad de ser acogidos, aceptados, respetados; de ubicar puntos de referencia

⁹¹⁵ Cfr. PANTOJA VARGAS, Luis. “Menores drogadictos”. En ORTEGA ESTEBAN, José (coord.). op. cit., pp. 172-177.

⁹¹⁶ IDEM.

⁹¹⁷ IDEM.

adultos que les ayuden a aclararse a sí mismos, a proyectar su vida, analizar sus comportamientos; experimentan la necesidad de diálogo y comunicación, de cercanía respetuosa.⁹¹⁸

En el tema de la drogadicción, para PANTOJA VARGAS conviene plantearse de quien es el problema, porque en los tratamientos educativo-sociales, uno de los principios básicos es que los sujetos tomen conciencia de su problema para que sean ellos mismos los que intenten soluciones con el apoyo del adulto educador. Proceder al contrario sería arriesgarse a imponer soluciones abocadas hacia la ineficacia. Por consiguiente, desde el punto de vista del autor, es muy importante comprobar si los menores sienten y viven el consumo de drogas como problemático o si por el contrario el problema lo tienen los padres, los maestros o los vecinos del barrio. Los adultos pueden invocar razones de salud, y en consecuencia, los menores están abocados a convertirse en enfermos o delincuentes, ya que beber en exceso o fumar marihuana, consumir éxtasis u otras sustancias constituye un peligro para la sociedad y la seguridad ciudadana.⁹¹⁹

Respecto a los menores marginalizados, el autor apunta que el problema de los adultos hacia ellos es aun peor, más si a estos menores se les suma su mal aspecto y sus actos de vandalismo, que no son atribuibles sólo a las drogas sino a otros factores más importantes que el efecto eufórico de la droga.

Entonces, sigue PANTOJA VARGAS, ¿quién tiene el problema? ¿Los menores, normales o marginalizados que sólo viven el presente, que no piensan ni imaginan siquiera la posibilidad de convertirse en alcohólicos o en drogadictos o los adultos? Y si no sienten ni tienen el problema, ¿cómo hay que intervenir?; ¿es necesario intervenir? El autor hace referencia en este punto a investigaciones que han podido comprobar cómo los menores que consumían drogas duras o policonsumían cuando tenían entre 14 y 16 años, y que pertenecían a grupos marginales, al llegar a la adultez, hacia los 25 años, tenían buenas relaciones sociales, trabajo, estaban casados o vivían en parejas, e incluso ganaban más que los compañeros que no consumían cuando eran adolescentes. Si bien, estos estudios pueden ser discutibles, señala PANTOJA VARGAS, revela indirectamente ciertos prejuicios adultos hacia el mundo adolescente, sobre todo hacia los más marginales.⁹²⁰

¿Por qué usan o abusan de drogas los adolescentes o los grupos de menores marginales? Multiplicidad de factores inciden en este contexto. De inicio, PANTOJA VARGAS se pregunta si ¿puede considerarse como normal hoy en día que los menores adolescentes beban alcohol, fumen tabaco o hachís sabiendo, por los

⁹¹⁸ IDEM.

⁹¹⁹ IDEM.

⁹²⁰ IDEM.

estudios sociológicos, que estas conductas van a desaparecer o no van a ser problemáticas a lo largo de su vida ya de adultos? Además, la mayoría de los estudiosos coincide en afirmar que los menores que consumen drogas como alcohol, tabaco, marihuana u otras drogas, lo hacen porque es un estilo de vida, lo cotidiano del fin de semana; es la uniformización de estilos de comportamiento grupal; si no lo hacen se quedan fuera del grupo.⁹²¹

No obstante, sigue PANTOJA, si se consideran los grupos más marginales que abusan de las drogas, entendiendo por ello el uso continuado y la pérdida de todo control sobre uno mismo, es necesario considerar la existencia de otras razones denominadas factores de riesgo o alto riesgo que han determinado las intervenciones socioeducativas. ¿Cuales son estos? Brevemente, el autor menciona ambientes familiares desestructurados, especialmente aquellos en los que los padres o las madres abusan de ciertas sustancias o padecen enfermedades mentales; incapacidad parental para el control y la educación de los adolescentes, especialmente de los que presentan problemas temperamentales y desórdenes de conducta; falta de afecto mutuo y de atención; conducta introvertida y agresiva en clase; fracaso en el rendimiento escolar; problemas para relacionarse socialmente; relación o proximidad con compañeras o compañeros que muestran conductas marginales; percepción por parte del niño o de la niña de actitudes aprobatorias hacia el consumo de drogas en la escuela, entre sus amistades y el entorno social. Además de la pobreza, la socialización incontrolada en la calle, el absentismo escolar, el continuado fracaso, el ser víctima de abusos físicos, psicológicos o sexuales, la comisión de actos violentos o delictivos, etc.⁹²²

En relación con los perfiles actuales de los menores consumidores de drogas, PANTOJA VARGAS explica que hoy se coincide en afirmar que la puerta de entrada es el tabaco y el alcohol y de ahí se pasa a la marihuana o hachís; al aumentar la edad se pasan a otras drogas como el éxtasis, LSD y en algunos casos cocaína y heroína. Sin embargo, añade, las investigaciones no han podido demostrar que el fumar y beber derive necesariamente en un posterior consumo de otras drogas. Algunos estudios han puesto en evidencia que la edad de inicio ha ido descendiendo y que hoy se encuentra entre los 12 y los 13 años en lo referido al alcohol, tabaco y marihuana.⁹²³

Ante este panorama, ¿cuál ha de ser el tratamiento socioeducativo o la tarea para el educador especializado? Expone PANTOJA VARGAS que la educación social especializada debe tomar como punto de partida en este tema unas ciertas premisas como las siguientes: la negación de estereotipos como el que la droga es el problema, el aprender a no intervenir a veces, el tener cuidado para no convertir el uso de drogas en conflicto, el aprender a vivir en un mundo con

⁹²¹ IDEM.

⁹²² IDEM.

⁹²³ IDEM.

drogas, el atender a la diferencia de los grupos y el intervenir siempre educativamente.⁹²⁴

Teniendo en cuenta lo anterior, señala el autor en comentario unos cuantos principios como líneas básicas de intervención: de inicio, es necesario conocer antes de actuar; es imprescindible el conocimiento de la situación del problema en relación a la edad y los grupos, es decir, calibrar la diversidad de situaciones para idear proyectos de intervención adecuados a las situaciones causales que provocan el consumo de las drogas. Un análisis de la realidad puede detectar la existencia de diferentes grupos: menores normales que no consumen aunque viven inmersos en medio de un ambiente donde están las sustancias y éstas se consumen; menores que ya se han iniciado en el consumo al menos de las llamadas sustancias de entrada (el alcohol y el tabaco); menores calificados de riesgo que ya se han introducido en un consumo abusivo y menores de alto riesgo que abusan y dependen de las sustancias para los cuales su abuso se ha convertido en una amenaza de destrucción física y psicológica. En todos ellos se ha de procurar una intervención global, abarcando todos los factores psicosociales y no únicamente el problema de la droga, puesto que el uso frecuente de drogas es tan solo un síntoma de un marco general de inadaptación y no la causa de la misma. En todo caso, el consumo abusivo exagera el cuadro anterior de inadaptación. De acuerdo con la realidad del problema habrá programas educativos dirigidos a todos los menores y programas referidos a la situación concreta de cada uno de los grupos. Lo que no puede hacerse es idear programas basados exclusivamente en la vulnerabilidad o en los factores de riesgo, como hasta ahora se ha venido haciendo, pensando que son válidos para todos.⁹²⁵

Además, prosigue el autor, los proyectos de intervención generales, sin olvidar los factores de riesgo, habrían de hacer mayor hincapié en los factores de protección, que no son únicamente los opuestos a los factores de riesgo sino que son las influencias que modifican, mejoran o alteran la respuesta de la persona a un riesgo medioambiental que la predispone a una conducta inadaptada.⁹²⁶

Entre los más sobresalientes, PANTOJA VARGAS enumera los fuertes lazos de unión con la familia; experiencia de los padres y las madres en tareas de control y educación de sus hijos e hijas, implicación en sus vidas y establecimiento por su parte de reglas claras de comportamiento dentro de la unidad familiar; éxito en el rendimiento escolar; fuertes lazos con núcleos de socialización, tales como la familia, la escuela y organizaciones comunitarias; actitudes ajustadas a la norma ante el consumo de drogas.

⁹²⁴ IDEM.

⁹²⁵ IDEM.

⁹²⁶ IDEM.

Así las cosas, señala el autor, ajustar las intervenciones educativas a los factores de protección, frente a los factores de vulnerabilidad, significa no asumir un marco de referencia basado en el supuesto de la desviación sino en el de promoción del bienestar global de los menores.⁹²⁷

Es importante hacer que los menores tomen conciencia de su problema y participen en la solución del mismo. Este principio es esencial si se pretende algún tipo de eficacia. ¿Cuántas veces los programas educativos parten del falso supuesto de pensar que los menores tienen problemas cuando en realidad no es así? Pregunta el autor; en este caso las intervenciones son ab extrínseco y no ab intrínseco, toman a los menores como objetos de la intervención y no como sujetos

Las intervenciones de la educación social especializada, postula FUNES ARTEAGA, deberían estar teñidas de un talante verdaderamente educativo en donde los adultos, y directamente los educadores especializados, trabajen con los menores estando cerca de ellos, en sus lugares de diversión, en la calle, el barrio, la escuela, el hogar, comprendiéndolos, dialogando con ellos de sus inseguridades, haciéndoles conscientes de sus actos, analizando con ellos las razones y consecuencias de sus conductas positivas y negativas, sirviéndoles de puntos de apoyo, de referencia, ayudándoles a que no imiten a otros por el mero hecho de ser como los demás, a encontrarse a sí mismos, su identidad personal, acompañándoles en la duda, en el conflicto, en su angustia e indefinición, a que ejerzan sus propios derechos, a que asuman las responsabilidades de sus acciones, informándoles a donde dirigirse en el caso de haber iniciado una conducta autodestructiva como a un ambulatorio o una comunidad terapéutica, aunque estos servicios no hayan sido diseñados para ellos específicamente.⁹²⁸

Por otro lado, respecto a estas intervenciones socioeducativas globales, insiste PANTOJA VARGAS en que las intervenciones han de ser globales; se debe trabajar no sólo el problema de la droga o el de la salud, tan de moda hoy, sino toda su problemática social, psicológica, escolar, familiar, siendo esto mucho más trascendental en los grupos de riesgo y alto riesgo. La globalidad abarca otra dimensión, hacer intervenir a todos los sectores de la comunidad. Así, sigue el autor en comento, las investigaciones acerca de la eficacia de las intervenciones educativas en el tema de la drogadicción han puesto de manifiesto que es mayor cuando los programas han incorporado simultáneamente a la escuela, la familia, los medios de comunicación y los adultos de la comunidad; idear proyectos dirigidos solo a un sector es abocarlos al fracaso. Este principio de globalidad ha de incorporar otras acciones socioeducativas indirectas con el apoyo de toda la comunidad: alternativas para el uso del tiempo libre, talleres de formación

⁹²⁷ IDEM.

⁹²⁸ Cfr. FUNES ARTEAGA, Jaume. "Los adolescentes: socialmente problemáticos". En **Comunidad y Drogas**, España, 1994, No. 10, pp. 29-45.

profesional, centros de ocio, construcción o adaptación de locales para el deporte en medio de la ciudad, conversión de los centros escolares en lugares de esparcimiento de los menores durante los fines de semana, etc.⁹²⁹

En el apartado de evaluación de resultados, para PANTOJA VARGAS, el fenómeno de las drogas, de acuerdo con las investigaciones sociológicas sobre la mentalidad de la población, es considerado como un problema acuciante y por ello los gobiernos y la iniciativa privada han ideado posibles soluciones al mismo en el nivel preventivo, de tratamiento y de reincorporación social. En ellas se han invertido muchos fondos públicos y gastado energías de manera que, tanto los educadores como la comunidad en general, sienten la necesidad de evaluar las intervenciones educativas realizadas para comprobar su eficacia^{930 931}.

⁹²⁹ PANTOJA VARGAS, Luis. op. cit., pp. 176 y 177.

⁹³⁰ Para concluir, PANTOJA VARGAS presenta la siguiente reflexión:

La educación social especializada nació impregnada de un enorme practicismo: ocuparse de los problemas socioeducativos que los grupos de menores de riesgo o alto riesgo presentaban en la calle, cárceles, etc. Su eterno problema ha sido siempre en estos años su falta de reflexión en profundidad porque la preocupación era la acción.

El educador social especializado siempre ha sido un brazo operativo y todavía lo sigue siendo, se dedica a hacer proyectos, ponerlos en marcha y atender directamente a los problemas. Esto le ha impedido reflexionar en profundidad y elaborar teorías. Ante las drogas ha pasado lo mismo: aparece el problema, se idean soluciones desde distintos marcos institucionales y se ponen en práctica. Ya es hora que la Pedagogía Social reflexione sobre sí misma y sus intervenciones, las someta a crítica, ponga en tela de juicio los marcos teóricos que ha utilizado como puntos de partida. De este modo quizá compruebe que, por ejemplo, las intervenciones preventivas ideadas hasta el momento no han sido suficientemente eficaces y se pregunte por qué, donde están los fallos y qué hacer. La conclusión puede ser la necesidad de ir más allá de la teorización que ha venido manejando, de desestructurar sus teorías acerca de la drogadicción de los menores, de no seguir moviéndose exclusivamente en la idea de vulnerabilidad sino incluir la del fortalecimiento, la del crecimiento humano de todos los grupos de menores potenciando los factores de protección, es decir, proporcionando una auténtica educación de la persona, abriéndole horizontes para adquirir un autocontrol, una autodirección de acuerdo con unos valores positivos. Los estudios sociológicos que se han hecho hasta ahora han girado alrededor de la epidemiología, es decir, los perfiles, estilos, número de sujetos que consumen, el sexo, la edad, las sustancias, pero no se ha estudiado, por ejemplo, los niveles de daño. Si se investigasen estos, probablemente la Pedagogía Social reenfocaría la labor del educador especializado poniendo el objetivo, por una parte, en evitar que los menores consuman drogas como una necesidad asociada a un estilo que se ha puesto de moda o que aquellos menores que ya usan drogas se conviertan en abusadores y, por otra, en reducir el daño al individuo y a la sociedad causado por el abuso. Hay que ser conscientes de la importancia que tiene hoy la distinción entre uso y abuso.

En otras palabras, la Pedagogía Social especializada, en cuanto ciencia con responsabilidad de construir el pensamiento pedagógico de forma crítica, tiene la necesidad de superar sus propias contradicciones educativas; en este sentido, no cabe hacer opuestas la educación formal y no formal, la educación en medio abierto y la educación escolar y familiar. La educación en profundidad ha de atañer a la familia, a la escuela y a la comunidad procurando que exista armonía en sus mensajes.

⁹³¹ IDEM.

Consideraciones especiales deben formularse también en el ámbito de los niños y niñas con madres o padres encarcelados. De acuerdo con Alicia PETIT ARREGUI⁹³² el efecto devastador del medio penitenciario se da no sólo sobre la persona privada de libertad sino también, en gran medida, agrediendo a todos los miembros de la unidad familiar. Estas familias, en la mayoría de los casos, forman parte de los grupos de exclusión social. Son familias multiproblemáticas, en las que la prisión es un factor más añadido a otros problemas como la desestructuración familiar, las toxicomanías.⁹³³

Respecto al papel que asume el educador especializado en el caso de los menores con uno o los dos padres encarcelados, afirma PETIT ARREGUI que, en un primer momento, el papel del educador será de “colchón” que amortigüe el dolor, la rabia y la confusión que produce este hecho, y, posteriormente, ayude al menor a afrontar la realidad y a elaborar de forma adecuada lo sucedido. En esta situación, son diversas las que en mayor o menor medida inciden a la hora de analizar cada caso⁹³⁴.

Como expone PETIT ARREGUI, es común a todos los casos el sentimiento de estigmatización que acompaña a quienes tienen un pariente cercano en la cárcel. La vergüenza será mayor cuanto menos marginal sea el ambiente en el que se desenvuelve la vida de esa familia. De hecho, sucede a menudo que se prohíba a

⁹³² PETIT ARREGUI, Alicia. “Niños y niñas con madres o padres encarcelados”. En ORTEGA ESTEBAN, José (coord.). op. cit., pp. 178-180

⁹³³ Así, comenta la autora, aunque la prisión constituye uno más de los síntomas, al tratarse de un entorno tan hostil, añade nuevas problemáticas a las ya existentes:

- Ruptura de los lazos familiares.
- Pérdida o ausencia de la figura materna o paterna.
- Inestabilidad económica.
- Rechazo social.
- Polarización de la vida familiar hacia el medio penitenciario (comunicaciones, llamadas de teléfono, visitas a abogados y juzgados, etc.).
- Sobrecarga de responsabilidades referidas al miembro que está en prisión.

⁹³⁴ De carácter cuantitativo son:

- Edad del niño/a para comprender y asumir lo que le sucede.
 - Tiempo de estancia en prisión del padre o la madre y agravante o no de reincidencia: a medida que se prolonga el tiempo de estancia en prisión, se incrementa el desarraigo con respecto a la familia y la desestructuración de ésta. La prisión contribuye así al deterioro de las familias y a agudizar su problemática.
 - Otros miembros de la familia encarcelados, lo que aumenta el sentimiento de exclusión y marginalidad.
 - La frecuencia de visitas, que fomenta la exposición de los niños y niñas a las vivencias y funcionamiento del medio carcelario en los vis-à-vis, comunicaciones, controles y registros, y la frustración experimentada al ver a alguno de sus progenitores, o a ambos, en semejante situación (en el caso de las comunicaciones, el contacto físico entre preso y visitantes es imposible).
- Otros factores a tener en cuenta poseen un carácter cualitativo:
- Relación previa entre el hijo/a y el progenitor en prisión.
 - Actitud de la familia ante esta situación.
 - Expectativas y vivencias generadas en torno a ello.

los hijos e hijas contar que el padre, la madre o ambos están en prisión, por lo que ellos crecen con la idea de que su progenitor ha hecho algo muy malo que nadie debe saber, incluso que sería preferible que estuviese gravemente enfermo o fallecido.⁹³⁵

Por lo contrario, aclara la especialista, en núcleos de convivencia pertenecientes a colectivos excluidos o marginados se percibe como habitual que varios miembros de la familia pasen temporadas más o menos largas en la cárcel por *buscarse la vida* robando o traficando con drogas, incluso mentalizando a los hijos de que es la única forma de salir adelante que les queda y que todos los miembros del *clan* deben seguir con el *negocio*. Tampoco en este caso los hijos pueden sentirse orgullosos, pero lo asumen como algo inevitable y las visitas a la prisión forman parte consustancial de su vida cotidiana. Se da en ellos un sentimiento de fatalismo, la idea clara de que, tarde o temprano, también formarán parte de la población reclusa.

Así, continúa la autora, mientras estos niños o niñas solo se vean privados del padre, la madre es capaz de subvenir a sus necesidades y transmitir una imagen positiva del progenitor ausente; pero cuando ambos ingresan en prisión el sentimiento de abandono que experimentan los menores les resulta difícil de soportar y, además, suele darse como consecuencia que la Administración decida su guarda o tutela, por lo que son acogidos automáticamente en un colegio-residencia de protección, por lo que perciben un enorme desarraigo y la sensación de que ellos también han sido castigados por lo que han hecho sus padres. En el caso de que sea la madre quien sufra condena, es habitual que el padre no se haga cargo del niño o la niña, quienes, en el mejor de los casos, quedan al cuidado de familiar próximo como la abuela. Aunque resultará trascendental la imagen que de la madre ausente transmita esta persona, generalmente, y de acuerdo con el modelo social dominante, los chicos o chicas sentirán mayor rechazo por esa mujer que no ha cumplido sus funciones maternas y se ha permitido el “lujo” de consumir drogas, cometer delitos, etc., y por la que se sienten injustamente abandonados.⁹³⁶

A nivel de investigación y documentación, expresa PETIT ARREGUI, existe más información acerca de la situación de los presos que de sus familias. Es más, de hecho se estudia la incidencia que tiene para la persona privada de libertad la actitud de su familia al respecto: la distancia, el abandono, el desarraigo; pero se desconocen hasta cierto punto las consecuencias para ese núcleo de convivencia, que queda confuso y poco atendido en sus necesidades materiales y morales.⁹³⁷

⁹³⁵ IDEM.

⁹³⁶ IDEM.

⁹³⁷ Los Servicios Sociales, por lo que hace a España, tanto de instituciones penitenciarias como de zona, tienen asignada la función de valorar las situaciones familiares y proveer a éstas del apoyo asistencial adecuado, lo que en muchos casos suele limitarse a tramitar ayudas económicas, documentación, etc., por no existir unos recursos más específicos con capacidad para ayudar a los

Frente a este desolador escenario, para PETIT ARREGUI no se trata únicamente de paliar las consecuencias producidas por el medio penitenciario, sino también de intervenir en el sistema familiar, fuerte generador y reproductor de conductas. Los educadores deben llegar a la conclusión de que estos niños y niñas precisan la misma atención que aquellos que sufren cualquier tipo de carencias a causa de sus problemas sociofamiliares, pero sin perder de vista en ningún momento que a todo ello se añade el hecho traumático de encontrarse sus padres en prisión.⁹³⁸

En términos generales, añade la autora, se trata de una población caracterizada por un nivel económico bajo, grado de formación casi nulo, escasa incorporación al mercado laboral y bajo nivel de competencia a la hora de relacionarse en la convivencia cotidiana y el mundo del trabajo.

De tal suerte que desde el punto de vista educativo habrá que plantear proyectos capaces de compensar dentro de lo posible estas carencias:

- Creando hábitos positivos para la integración social y laboral.
- Desarrollando cualidades como la responsabilidad y la constancia.
- Mejorando el estilo de comunicación y el cuidado personal.
- Favoreciendo la comprensión y aceptación de normas.
- Capacitando profesionalmente para el acceso en condiciones adecuadas al mundo del trabajo.⁹³⁹

XI.- REFLEXIONES FINALES

Es nuestra convicción expresar que el ambiente familiar del menor puede considerarse un factor preponderante de riesgo en la generación de conductas infractoras; si bien no es científicamente admisible reducir el fenómeno a este nivel primario, en el sentido de afirmar que si el menor es delincuente, los responsables solamente son sus familiares más cercanos, sean o no sus padres, es decir, establecer una relación de causalidad entre un ambiente familiar criminógeno como factor único y la realización de conductas infractoras; si es necesario otorgar un lugar primordial a la situación familiar del menor al momento de efectuar tanto

familiares, y sobre todo a los hijos, a elaborar adecuadamente lo que está pasando. Los medios existentes, tanto públicos como privados (asociaciones de voluntariado, sobre todo), para trabajar con reclusos/as y ex reclusos/as son más bien escasos, no contando con ninguno a la hora de plantear actuaciones de tipo socioeducativo con otros miembros de la unidad familiar, a diferencia de lo que ocurre con otros colectivos como el de toxicómanos, disminuidos, enfermos crónicos, etc.

⁹³⁸ IDEM.

⁹³⁹ IDEM.

el diagnóstico como al determinar la medida aplicable. Al ser el ámbito familiar el primer círculo de socialización al que tiene acceso el menor, debe a su vez considerarse como el primer punto en el que debe darse la intervención al plantear la resocialización del menor.

La influencia del círculo familiar en los menores infractores ha sido ampliamente afirmada y estudiada por los especialistas, de tal suerte que se considera que aún antes que la escuela, son los padres los que deben ocuparse de la prevención de conductas ilícitas. Para ello, es necesario poner sobre la mesa la manera en que los padres educan a sus hijos, que si bien, es algo que tradicionalmente se ha considerado de carácter eminentemente privado, resulta ser de interés para toda la colectividad en función de sus trascendentes repercusiones sociales. No se trata, claro está, de plantear una intervención estatal en ámbitos que no le competen; sencillamente, dentro de la labor preventiva que se desempeña en el marco de las políticas educativas, ha de buscar influenciarse en los padres para que motiven en sus hijos los comportamientos socialmente benéficos, y considerados favorables.

De tal suerte, que el papel de la familia en la materia de menores infractores ha de analizarse atendiendo a dos ámbitos. Por un lado, desde la óptica de la prevención; y por el otro, desde el tratamiento.

Por lo que hace a la prevención, los cambios sociales exigen la identificación de los nuevos factores que al interior de los hogares influyen en la generación de conductas delictivas; el nivel socioeconómico o la familia disfuncional (al ya no ser la nuclear considerada como la única opción de desarrollo), deben dejar de ser el punto de partida, para tomar en cuenta otras cuestiones, como por ejemplo, la atención o interés que los padres ponen en sus hijos. En este ámbito el Estado ha de fomentar, sin que ello signifique intervención directa, cuestiones como el compromiso afectivo de los padres hacia sus hijos, pues como se ha visto, dado que los vínculos sociales de los menores contribuyen a evitar su inmersión en ámbitos delictivos, los lazos de afecto entablados con los padres resultan fundamentales, y éstos sólo pueden formarse si los tutores se comprometen emotivamente con sus hijos. De igual manera, es necesario brindar orientación sobre la forma en que los padres ejercen funciones de vigilancia y disciplina sobre los menores; aspecto en el cual, los nuevos aires democratizadores han hecho a un lado los modelos autoritarios de control del comportamiento, dando paso a un ámbito de libertad en el cual el padre, la madre o ambos, como educadores naturales, fungen no como quien impone al menor patrones de conducta, sino como quien le ayuda a descubrir por sí mismo la necesidad de evitar las conductas consideradas como inaceptables.

Así, el ámbito familiar, como célula básica de la sociedad, es el lugar ideal para iniciar el combate a las conductas delictivas. Las políticas educativas, no sólo han de incluir programas destinados a influir dentro del núcleo familiar, que

promuevan entre los padres las actitudes necesarias para impulsar el repudio a conductas delictivas; sino también, cuando existan factores criminógenos en el entorno del menor, identificarlos a tiempo para que puedan ser substituidos por otras opciones. Es el caso, por ejemplo, cuando se presentan actividades criminales cometidas por otros miembros de la familia, la prevención aquí cumple un papel esencial, al ofrecer por medio de la educación al menor otros patrones de conducta que contrarresten las influencias delictivas. Ello, por supuesto, ha de darse sin etiquetar al menor como pariente o hijo de delincuentes, por las consecuencias nefastas que como hemos visto ello acarrea.

Los programas de educación preventiva enfocados en estas familias con factores de riesgo, entre los cuales pueden encontrarse también la violencia cotidiana, marginación, períodos largos de alejamiento de los padres respecto a los hijos, o desinterés de ellos frente a éstos, entre otros; deben ver la educación y la capacitación como una estrategia de intervención que potencie y fortalezca la socialización por medio de la familia. Para ello, ésta ha de entenderse no sólo como un círculo aislado, sino proyectada hacia la sociedad en su conjunto, viendo sus características, carencias, necesidades y sus problemáticas como un reflejo del entorno, con el cual se relaciona recíprocamente. La atención a la familia en estos casos, como programa de prevención educativa, tendrá como objetivos, de inicio, ayudar a la familia a que comprenda por qué motivo es sujeto de intervención; entender las causas y maneras de enfrentar su problemática; y brindar capacitación para mejorar las relaciones de comunicación y de afecto.

El mejor lugar para realizar esta tarea de identificación de factores de riesgo y planear la intervención familiar es indudablemente la escuela; donde el menor complementa su socialización y puede suplir las deficiencias formativas que acarree desde sus primeros años. De ahí, que de inicio, el acceso a la educación de todos los menores sea un requerimiento esencial. Dentro del proceso enseñanza-aprendizaje, la escuela puede identificar y canalizar al menor que se encuentre en una situación de riesgo, por la presencia de factores como carencias afectivas y de dedicación, escasez de amor y de cuidado, conductas agresivas, exceso o falta de libertad y ausencia o exceso de control, violencia o factores de personalidad inherentes al menor mismo, que favorezcan los comportamientos antisociales. Si bien el aprendizaje de las conductas en general y de las habilidades emocionales en particular comienza en la misma cuna, la intervención familiar desde la escuela, cuando sea posible, o en el marco de una política preventiva generalizada, permitirá modificar los modelos de comportamiento inadecuados, tanto de los padres hacia los hijos, como de éstos hacia ellos y hacia la sociedad en general.

En este ámbito, el papel de los medios de comunicación, utilizados éticamente para difundir los valores propicios, resulta insustituible. Viviendo en la era de los medios electrónicos, éstos suelen constituir, si bien de forma discutible, una manera más eficaz de acceder a las familias y fomentar comportamientos

propicios. Si logran utilizarse como herramientas de la pedagogía social especializada, sin dejar de lado la intervención inmediata y personal, pueden constituir una herramienta eficaz, que intervenga en el proceso de socialización.

Además del aspecto preventivo, la familia es objeto esencial de estudio tratándose de los menores que ya han cometido conductas ilícitas, y que por ende, han de ser sujetos a un tratamiento de rehabilitación. En este apartado, la evaluación de las condiciones familiares del menor es preponderante al momento de elaborar su diagnóstico y al prever la medida aplicable. Nuestra postura al respecto es clara; no siendo el internamiento o la privación de la libertad la medida más recomendable, el menor ha de ser reintegrado a su núcleo familiar; ante lo cual, de manera más o menos general, pueden surgir dos escenarios: 1) si posee una familia, ha de regresar a ella, de tal suerte que en conjunto, tanto él como sus seres cercanos sean objeto del tratamiento, buscando no sólo resocializarlo, sino eliminar los factores de riesgo que desde su mismo núcleo familiar le han conducido a delinquir; 2) por otro lado, si se encuentra en estado de total abandono, o si su familia muestra total desinterés por su reeducación, negándose a colaborar en el tratamiento; el Estado, en miras del interés superior del menor, ha de realizar las gestiones necesarias que le permitan ser reubicado en otro seno familiar, donde con respeto y amor, el infante pueda renunciar a las conductas delictivas.

En este último supuesto, tratándose de padres que dolosamente se nieguen a colaborar en el tratamiento de sus menores hijos, o muestren total desinterés por ellos, sería plausible implementar un sistema de sanciones que les conminara a rectificar su conducta irresponsable y perniciosa, no sólo para el menor, sino para ellos mismos y toda la sociedad.

CAPÍTULO VIII

LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD COMO SUSTITUTIVO DE LAS PENAS

Pena, se define como la “consecuencia jurídica del delito. Sanción aflictiva que el ordenamiento jurídico establece como reacción frente a quien lesiona o pone en peligro, culpablemente, un bien jurídico que la colectividad considera básico para su convivencia.”⁹⁴⁰. Por su parte, las medidas de seguridad, “son aquellos medios penales preventivos de lucha contra el delito, que implican privación de bienes jurídicos, y que se caracterizan por ser aplicados por órganos jurisdiccionales en función de la peligrosidad criminal del sujeto –demostrada con ocasión de haber cometido un hecho previsto en la ley como delito- y por estar orientadas a la prevención especial del delito (finalidades de corrección, tratamiento y aseguramiento).”⁹⁴¹.

En la actualidad, no puede hablarse de ninguna manera de la existencia de un “Derecho Penal” para menores; por lo contrario, se afirma, al menos en teoría, que éste ha desaparecido por completo con respecto a los niños y a los jóvenes infractores. La intención es crear un sistema de de carácter humanitario, que junto con la protección que los instrumentos jurídicos consagran para los menores, busque, apoyado en la pedagogía, la psiquiatría y otras ciencias, la reinserción social de los infractores.

Así, las instituciones con competencia para conocer de las infracciones cometidas por menores, no imponen en forma alguna penas o castigos, sino medidas a favor del menor, para rescatarlo de la antisocialidad; es decir, estas medidas deben carecer totalmente de sentido represivo, para tornarse en un compilado de acciones encaminadas a la educación moral, intelectual y física del menor.

Por ello, ninguna legislación moderna debiera mantener la noción tradicional de *pena*, al referirse a la materia de este estudio. Asimismo, sostenemos la tesis de que en la mayoría de los casos, debe darse preferencia a las medidas basadas en un esquema de libertad, dejando el internamiento en establecimiento cerrado como última alternativa. Toda vez, que “la rehabilitación del joven o menor sólo

⁹⁴⁰ **Enciclopedia Jurídica básica.** Editorial Civitas, Madrid, España, 1995, vol. III, p. 4823.

⁹⁴¹ **IBIDEM**, p. 4231.

puede lograrse proveyéndole la oportunidad de hacerlo dentro del marco comunitario, y no dentro del aislamiento de instituciones carcelarias.”⁹⁴².

Asimismo, no olvidar que en el trasfondo del proceso mismo para menores se encuentra una intención reeducativa, no punitiva. Como apunta Hilde KAUFMANN, “le corresponde a la justicia penal juvenil una significación decisiva dentro del conjunto de esfuerzos penales para evitar la criminalidad posterior (...) en el procedimiento penal juvenil, siempre se requiere una postura indicativo-educativa.”⁹⁴³.

I.- PREVISIONES NORMATIVAS EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

A. Catálogo legal de las medidas de seguridad para menores de edad penal

Aunque la práctica legislativa pareciera inclinarse en sentido diverso, no debiera olvidarse que “La medida no es una pena. Se trata de una medida no punitiva de corrección de las actitudes del menor en orden a su integración social definitiva. La función de la medida es correctora de la trayectoria familiar y social del menor con la finalidad integradora y resocializadora de éste.”⁹⁴⁴.

Desde la legislación de 1992, se perfilaba un sólido catálogo de medidas con carácter sancionador-educativo aplicables a los menores dentro de la legislación española. Con la ley 5/2000, este catálogo se conservó en esencia, no estableciéndose muchas novedades. Por su parte, la reforma 8/2006, incorporó al catálogo una medida respecto a la prohibición al menor infractor de aproximarse o comunicarse con la víctima, además de que intensificó su severidad, al aumentar los supuestos en que procede el internamiento y los tiempos previstos para la duración de las medidas.

Es el artículo 7º de la LORPM, donde se enumeran y definen las medidas de seguridad así como se explicitan las reglas generales de su determinación. De acuerdo con el Dr. Miguel POLAINO NAVARRETE, el artículo 7 de la LORPM contribuye de manera determinante a la configuración de una sistemática legislativa que evidencia básicas deficiencias técnicas, por cuanto adolece de

⁹⁴² DAVID, Pedro R. **Sociología Criminal Juvenil**. 5ª ed., Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1979, p. 105.

⁹⁴³ KAUFMANN, Hilde. **Delincuentes juveniles. Diagnóstico y juzgamiento**. Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1983, p. 3.

⁹⁴⁴ **Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores**. 2ª ed., COLEX, Madrid, España, 2007, p. 74.

exacerbado casuismo descriptivo y de ambigüedad conceptual, en orden a la configuración de las medidas de seguridad penales que han de atender a las singulares vicisitudes de la personalidad de un importante sector de autores de comportamientos típicos en la sociedad contemporánea: los menores de edad. La delimitación normativa de estas medidas ofrece acusadas aristas en los modernos Sistemas comparados de Política criminal, por la complejidad valorativa y la versatilidad de las características configuradoras de la personalidad humana en formación. La relevancia de la cuestión y la trascendencia de su regulación son innegables. Las divergencias en los sistemas comparados al respecto se muestran también significativas⁹⁴⁵.

El artículo 7 de la LO 5/2000, enumera las medidas atendiendo, según señala, a la “restricción de derechos” que para el menor representan; ello significa, que las enlista en orden descendente respecto a la intensidad de la sanción; primero, el internamiento en régimen cerrado, que es la más grave privación de la libertad, seguido del internamiento en régimen semiabierto, régimen abierto, hasta las amonestaciones, la privación al permiso de conducir vehículos a motor y la inhabilitación, que son las medidas de menor gravedad.

Esta manera de enumerar las medidas, sigue el criterio que se deriva del Código Penal. Al respecto, POLAINO NAVARRETE considera que la “enumeración legislativa” de las medidas de seguridad legalmente previstas en la ley penal, o más exactamente el “catálogo de las medidas aplicables” legalmente es objeto, como no podía ser menos, de una “ordenación normativa”, la cual atiende básicamente a los criterios de la índole del bien jurídico afectado y de la intensidad de afectación del mismo por la correspondiente medida de seguridad jurídico-penal. Tales pautas valorativas son estimadas de una manera simplista por la Ley, cuando en su artículo 7,1 invoca como fundamento inspirador de la clasificación normativa el formal criterio positivo de la mera “restricción de derechos” que las medidas suponen, cuando debió haber considerado la naturaleza del bien y la entidad de su afectación respectiva⁹⁴⁶.

Analizaremos cada una de las medidas de seguridad, atendiendo a lo que señala la ley y a la opinión de la doctrina al respecto.

1. Internamiento en régimen cerrado.

Se trata, en esencia, de la privación de la libertad del menor en el mismo sentido en el que se aplica a los adultos que son encarcelados. En el caso del menor, el inciso a) del número 1 del artículo 7 prevé que el menor deberá realizar

⁹⁴⁵ Cfr. POLAINO NAVARRETE, Miguel. **La Minoría de Edad Penal en el Código Penal y las Leyes Orgánicas 5 y 7/2000**. Documento multicopiado.

⁹⁴⁶ ÍDEM.

en el centro donde resida las actividades formativas, educativas, laborales, y de ocio.

Según POLAINO NAVARRETE, esta medida de seguridad comporta la obligación del destinatario de la aplicación de la misma de ingreso en un centro y permanencia en el mismo durante el tiempo de su ejecución. Esta obligatoriedad de ingreso y permanencia en un determinado centro y en un régimen cerrado, que el internamiento ineludiblemente implica con la correspondiente privación de la libertad de movimiento extra muros, es sutilmente aludida en el artículo 7, 1, a) de la LORPM mediante la referencia de que “residirán en el centro” las personas sometidas a esta medida⁹⁴⁷.

Es intención del legislador, maquillar la esencia de la medida, que no puede definirse, a nuestro juicio, sino como la ya señalada reclusión. Sobre ello, el mismo POLAINO NAVARRETE agrega que de manera no sólo sutil, sino emblemáticamente eufemística, la Exposición de Motivos alude a la medida de internamiento en régimen cerrado, cuando consigna que el objetivo prioritario de la medida es “disponer de un ambiente” que provea de las condiciones educativas adecuadas, y se refiere a “asegurar la estancia” del infractor en un régimen “físicamente restrictivo” de su libertad, a “proporcionar un clima” de seguridad personal, y a que las “condiciones de estancia” sean las correctas para el normal desarrollo psicológico de los menores (E. de M., III,16). La función esencial de esta medida es dispensar al menor un tratamiento de índole educativa, en un régimen cerrado de privación de la libertad ambulatoria fuera del centro de internamiento, a través del desarrollo de actividades formativas, educativas, laborales y de ocio (artº. 7,1,a) de la Ley), para la adquisición por parte del menor de los suficientes recursos de competencia social que le permitan un comportamiento responsable en la comunidad, mediante una gestión de control en un ambiente restrictivo y progresivamente autónomo (E. de M., III, 16,2)⁹⁴⁸.

Es nuestra convicción, apuntar que esta medida no debiera aplicarse sino como última opción. Ello, porque el internamiento es en esencia, a nuestro juicio, más una pena que una medida de orden educativo.

Sobre este carácter penal de las medidas, se ha señalado que: “existen supuestos en los que la medida a imponer se acerca más al concepto tradicional de pena. Las medidas de internamiento en centro cerrado estarían en esta órbita.”⁹⁴⁹.

⁹⁴⁷ IDEM.

⁹⁴⁸ IDEM.

⁹⁴⁹ DE URBANO CASTRILLO, Eduardo y DE LA ROSA CORTINA, José Miguel. **La responsabilidad penal de los menores**. Thomson Arazandi, Navarra, España, 2007, p. 57.

En el mismo sentido, no podemos dejar de señalar que si bien, el internamiento (que insistimos, no es sino la privación de la libertad del menor), se ha afirmado como *ultima ratio*, y según los instrumentos internacionales no debe aplicarse sino como excepción ante la carencia de alternativas; no hay ningún señalamiento en ese sentido en la LORPM, y más aún, el carácter fuertemente punitivo de sus reformas parecieran tender hacia la consolidación del internamiento, especialmente por períodos prolongados de tiempo, como la medida más eficaz, cuando menos para los menores que hayan cometido delitos tipificados como graves.

Prolongar la duración del internamiento, no es en forma alguna el modo de atender el problema de la minoridad infractora. Diversas investigaciones han mostrado que un régimen de privación de libertad, cualquiera que éste sea, acarrea en el caso de los menores más problemas en el futuro que resultados favorables. Así, se apunta que “los internamientos prolongados en el tiempo generan desarraigo con un alto índice de nuevos problemas en libertad.”⁹⁵⁰

Con todo y que el legislador aluda a que en el interior del centro donde *resida* el menor, realizará las actividades educativas y formativas que sean necesarias para su resocialización; el hecho de mantener al menor privado de la libertad ambulatoria, confinado a las paredes de un centro de reclusión, aún cuando éste posea todas las bondades que puedan aducirse; no dejar de ser una situación que influye psicológicamente en el ánimo del menor, quien al reconocerse como *preso*, es factible que genere una reacción predispuestamente contraria a los fines del proceso educativo y de formación al que sea sometido.

Según dice POLAINO NAVARRETE, lo relevante no es enfatizar los objetivos (ofrecidos más bien como buenos deseos del legislador), sino establecer la necesidad de seguir determinados proyectos educativos, mediante actividades que propicien la formación del menor en un centro en que él mismo ingresa y se mantiene en régimen cerrado para el desempeño de tales actividades, a las que ha de someterse a lo largo del tiempo de duración de la medida; y no es tan trascendente la adquisición de recursos de competencia social, para permitir un comportamiento responsable en la comunidad, de suerte que se pretenda conseguir hacer del educando un buen ciudadano, como tratar de infundir al mismo la interiorización de la exigencia de la mera necesidad de acatamiento de la ley penal, mediante el respeto de los bienes jurídicos consubstanciales a la convivencia humana⁹⁵¹.

2. Internamiento en régimen semiabierto.

⁹⁵⁰ IBIDEM, p. 72.

⁹⁵¹ POLAINO NAVARRETE, Miguel. op. cit.

Se trata en este caso, de una privación de la libertad con carácter limitado. El menor tendrá que residir en el centro, pero, en términos del artículo 7, número 1, inciso b) de la LOP 5/2000, podrá realizar fuera del mismo alguna de las actividades formativas, educativas, laborales y de ocio. Esta posibilidad, estará condicionada a la evolución del menor, y al cumplimiento de los objetivos que hayan sido propuestos por la medida; pudiendo el Juez suspenderla, es decir, cambiar por un tiempo determinado al menor al régimen de internamiento cerrado.

Apunta POLAINO NAVARRETE, que la Exposición de Motivos matiza, que desde el principio los objetivos substanciales del proyecto educativo se realizan en contacto con personas e instituciones de la comunidad (E. de M., III,16,3). La singular característica de la salida fuera del centro ha de entenderse, no tanto como una mera referencia de índole topográfica, cuanto como un modo de aplicación de la medida. La clave interpretativa no es el centro de residencia, sino el entorno de relación interpersonal o intrainstitucional. Queda indeterminado en todo caso si las actividades del proyecto educativo se realizarán en el exterior del centro en su totalidad, o si sólo se requiere que necesariamente se lleven a cabo fuera del mismo, actividades aunque sean éstas sólo parte de las que comprende el proyecto educativo conjunto⁹⁵².

3. Internamiento en régimen abierto.

Corresponderá a los menores a quienes se imponga esta medida residir en el centro, pero realizarán todas sus actividades en los servicios normalizados del entorno. Es decir, el menor cumplirá las actividades de su proyecto educativo como cualquier otro menor, salvo por el hecho de que deberá mudar su domicilio habitual al centro, y respetar el programa y régimen interno del mismo.

Según POLAINO, dos son las claves de esta medida: la realización de todas las actividades del proyecto educativo en el exterior del centro de internamiento, y el desarrollo de las mismas en los servicios normalizados del entorno. De modo que del dato de encierro que el internamiento comporta mediante ingreso en un centro sólo conserva la residencia en el mismo como domicilio habitual, lo que supone que incluso esporádica o excepcionalmente pueda ser sustituida tal sede de domiciliación⁹⁵³.

Respecto al internamiento en cualquiera de sus regímenes, la ley dispone en el número 2 del artículo 7 en comento, que éste constará de dos períodos: uno que se llevará a cabo en el centro correspondiente, y que corresponde a la imposición propiamente entendida del internamiento; y un segundo período, de evaluación, que se llevará a cabo en un régimen de libertad vigilada en la modalidad que exija el Juez. El Juez determinará la duración de cada período en

⁹⁵² IDEM.

⁹⁵³ IDEM.

la sentencia, no pudiendo excederse en total de los límites planteados por los artículos 9 y 10 de la ley.

4. Internamiento terapéutico en régimen cerrado, semiabierto o abierto.

Se estipula en el artículo 7,1,d). Esta medida implica el internamiento del menor en un centro en el cual se le brindará atención educativa especializada o un tratamiento específico; va dirigido a menores con anomalías o alteraciones psíquicas, o alteraciones en la percepción que determinen grave alteración de la conciencia de la realidad; o bien, que muestren adicción al alcohol, drogas u otras sustancias.

Esta medida podrá imponerse sola, o como complemento de otra. Tratándose de adicciones, el menor deberá aceptar el tratamiento de deshabituación; si lo rechaza, el Juez habrá de aplicarle otra medida acorde a sus circunstancias.

Según POLAINO NAVARRETE, frente al tratamiento domiciliario, ambulatorio o manicomial (en el sentido de internamiento en centro terapéutico cerrado), la esencia de esta medida reside en la aplicación de una programación terapéutica, al propio tiempo que educativa y asegurativa, que puede ser aplicada bien sola bien complementada con otras medidas, y que cuando consista en un tratamiento de deshabituación requerirá la voluntaria participación activa del afectado⁹⁵⁴.

Se utiliza cuando el menor tenga seriamente alterada la conciencia de la realidad; por razones de diagnóstico, supervisión y tratamiento; cuando la conducta peligrosa, irracional o extraña exceda claramente los recursos de los padres; cuando no se haya respondido a otras formas de intervención menos intensas y restrictivas; cuando no se den las condiciones de riesgo que exigirían la aplicación del internamiento en régimen cerrado. Presenta, entre otras, como desventajas, el que se distancian los lazos y apoyos familiares; se cortan los lazos con la comunidad; se fomenta la dependencia de la vida institucional. Como ventajas, están que garantiza la asistencia terapéutica, de parte de organizaciones razonablemente bien preparadas que proporcionan actividades diversas con planificación terapéutica; permite utilizar diferentes especialidades terapéuticas; y el personal está especializado en la problemática. Asimismo, posibilita que los sujetos puedan desarrollar sentimientos de comunidad con otros y de responsabilidad consigo mismos; en el sentido que la interacción puede proporcionar una retroalimentación correctiva, guiada y modulada por los técnicos y el personal⁹⁵⁵.

⁹⁵⁴ IDEM.

⁹⁵⁵ Cfr. TEJEDOR ORDAX, Antonia. "La intervención psicológica en el ámbito de la justicia juvenil". En **Anuario de Justicia de Menores**, Ed. Astigi, España, 2001, No. I, pp. 230 y ss.

La ley no señala diferentes grados en el régimen, como sí lo hace en el internamiento en centro; también es cierto que no expresa su oposición a que se puedan contemplar variaciones en atención a la evolución del sujeto, a fin de trabajar la adaptación posthospitalaria. En este sentido, es interesante mencionar la hospitalización parcial o de día. El sujeto pasaría la mayor parte del día en la institución terapéutica, y por la noche y los fines de semana, si es posible, residiría en su casa. Supone un punto intermedio entre el internamiento terapéutico y el tratamiento ambulatorio, contrarrestando los efectos contraproducentes del primero⁹⁵⁶.

5. Tratamiento ambulatorio.

La diferencia entre esta medida y la anterior, es que el menor no es sometido a internamiento en centro alguno. La medida consiste en la obligatoriedad de que asista al centro designado con la periodicidad indicada, para recibir el tratamiento que corresponda; sea por anomalía o alteración psíquica, alteraciones en la percepción o por adicción a alcohol u otras sustancias. Igualmente, la medida podrá aplicarse sola o de forma complementaria.

Además de utilizarse en los casos mencionados, puede aplicarse cuando la conducta del chico no sea incontrolable ni peligrosa, ni tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad; cuando la situación del hogar sea relativamente buena, y no haya crisis o acciones desfavorables (malos tratos, etc.); cuando la familia apoye o, al menos, no socave los esfuerzos terapéuticos. Las ventajas que presenta son el que permite un diagnóstico y un tratamiento llevados a cabo por profesionales; permite la combinación de diferentes tipos de asistencia médica y psicológica; hace viable y beneficiosa la vida en el hogar; permite seguir realizando las actividades que el chico venga desempeñando; no interrumpe las relaciones sociales ni con la comunidad; y puede utilizarse como complemento a otra medida, lo que permite la intervención en más frentes⁹⁵⁷.

Las desventajas vendrían en el sentido de los escasos recursos de este tipo desarrollados para los menores; la duración de la medida puede ser asimétrica con la duración de la terapia; la voluntariedad del menor; si es rechazada, el Juez le impondrá otra medida adecuada a sus circunstancias; la necesidad de la colaboración familiar; favorece la concepción del niño como “cabeza de turco” o como de que es “un problema” cuando la disfunción en la dinámica afecte a todo el grupo familiar⁹⁵⁸.

Guarda esta medida gran similitud estructural con la prevista en el apartado anterior, conforme a la respectiva configuración conferida a la misma

⁹⁵⁶ IDEM.

⁹⁵⁷ IDEM.

⁹⁵⁸ IDEM.

positivamente (artículo 7,1e) de la Ley y E. de M. III,20), divergiendo sustancialmente en que el tratamiento se dispensará en la comunidad, aunque con la obligatoriedad de asistir al centro con la periodicidad prescrita, a fin de superar por esta vía procesos adictivos o disfunciones psíquicas. Ante el rechazo personal de la sumisión a un tratamiento de deshabituación, subsidiariamente se aplicará otra medida⁹⁵⁹.

6. Asistencia a un centro de día

El menor mantiene su domicilio habitual; no es obligado a mudarse a un centro de internamiento bajo algún régimen, sino solamente a acudir a éste de día, a realizar las actividades de apoyo, educativas, formativas, laborales o de ocio.

Las posibilidades que permite esta medida son inmensas en cuanto a posibilidad de recursos y actividades que se pueden ofertar; bien sea de parte de los medios dependientes de la Entidad Pública, o bien a través de convenios de colaboración con otras instituciones, organismos, asociaciones. En este sentido, es similar a las medidas de Prestaciones en Beneficio a la Comunidad o Realización de Tareas Socioeducativas. Las actividades pueden comprender actividades educativas, formación profesional, laborales, o aún de ocio. La finalidad es dotar al menor de una base mínima de conocimientos, ayudarle a canalizar el ocio o a desarrollar recursos personales como habilidades sociales, habilidades de solución de problemas, asertividad, etc⁹⁶⁰.

Según la Exposición de Motivos de la Ley, el centro de realización de las actividades educativas de apoyo está plenamente integrado en la comunidad, y proporciona al interesado un ambiente estructurado, como centro del proyecto socio-educativo en conexión con otros recursos de ocio o culturales (E. de M., III,17)⁹⁶¹.

7. Permanencia de fin de semana.

Bajo esta medida, se busca limitar la libertad de movilidad del menor durante el fin de semana. Deberá mantenerse, sea en su domicilio o en un centro que se disponga, durante un máximo de 36 horas entre la tarde del viernes y la noche del domingo, a excepción del tiempo que se dedique al cumplimiento de tareas socio-educativas asignadas; lo anterior, en términos del artículo 7,1,g) de la Ley. Esta medida es pertinente, atendiendo a que la práctica confirma que los menores y jóvenes, son más proclives a cometer actos delictivos o de vandalismo durante sus actividades de fin de semana, especialmente nocturnas.

⁹⁵⁹ POLAINO NAVARRETE, Miguel. op. cit.

⁹⁶⁰ TEJEDOR ORDAX, Antonia. op. cit., pp. 231 y ss.

⁹⁶¹ POLAINO NAVARRETE, Miguel. op. cit.

La Exposición de Motivos de la Ley resalta que “esta medida es adecuada para menores que cometan actos de vandalismo o agresiones leves en los fines de semana, y que en la práctica combina elementos del arresto de fin de semana y de la medida de tareas socio-educativas o prestaciones en beneficio de la comunidad”.

Se trata de una medida de privación de libertad que presenta dos enfoques, en función del lugar de cumplimiento. En el domicilio familiar, se aplicaría a casos de escasa gravedad, como vandalismo o agresiones leves en los fines de semana; a menores con adecuado nivel de socialización; a menores con determinadas características personales, tales como elevada autocrítica, que sufran estigmatización social basada en anomalías físicas o de otro tipo, la relevancia social de la familia, sujetos que atraviesen crisis puntuales o acaben de superarlas; como una llamada de atención a los padres, en las funciones inherentes a la patria potestad de educación y control; y como regla de conducta de libertad vigilada. El valor educativo de la medida aplicada en el domicilio familiar, radica en ayudar a responsabilizar al menor de sus actos, al ofrecerle un tiempo y un espacio para la reflexión sobre sus actos y las consecuencias derivadas. Presenta como ventajas, el que no le separa de su espacio habitual, proporcionador de refuerzos; no interrumpe las actividades escolares y socializadoras que se encuentre llevando a cabo; y evita la estigmatización, al cumplirse la resolución judicial en un espacio íntimo para el menor⁹⁶².

Por lo que hace a la estancia de fin de semana en el centro cuyo régimen el Juez determine, se aplicaría en caso de hechos menos graves, cuando haya reincidencia, o se incumplan otras medidas de menor gravedad. En este caso, se observaría una rapidez en la progresión delictiva en sujetos cuyo pronóstico sea negativo; actuaría a modo de “muestreo del castigo”, es decir, se trataría de mostrarle la consecuencia de seguir en tal trayectoria (un internamiento más prolongado); al ser un breve internamiento, es mayor su capacidad de reflexión, ya que no le da tiempo a adaptarse al centro y, por tanto, a cambiar la valencia de la valoración al adaptarse a él. La finalidad principal es disuasoria. Se refuerza educativamente a través de las tareas socio-educativas, que se pueden imponer conjuntamente, las cuales se adaptarán a las necesidades y características del menor⁹⁶³.

Según POLAINO NAVARRETE, la referencia a la caracterización de la medida y a la motivación de su imposición, contenida en la Exposición de Motivos, es altamente ociosa, por cuanto es obvio que tanto ésta como todas las demás medidas de seguridad penales son siempre de aplicar por razón de la personalidad del afectado y de las exigencias técnicas de su más adecuado tratamiento, en base al fundamento jurídico y al presupuesto propio de cada

⁹⁶² TEJEDOR ORDAX, Antonia. op. cit., pp. 233 y ss.

⁹⁶³ ÍDEM.

medida. Decir que la medida de referencia combina elementos de la medida de tareas socio-educativas y de la de prestaciones en beneficio de la comunidad, ciertamente, no contribuye precisamente a una exacta delimitación de cada una de tales medidas. Y más confusa e impropia aún si cabe es la referencia al arresto de fin de semana, por cuanto involucra la naturaleza de la medida con la de la pena, sin más base que la limitación temporal de 36 horas, ayuna por lo demás de todo sentido, puesto que el concepto de “arresto” y de “medida” divergen, sino incluso el tempus de ejecución, que es establecido de modo radicalmente diverso en el Código penal y en la Ley penal de menores⁹⁶⁴.

8. Libertad vigilada

Bajo esta medida, el menor permanece en libertad, pero está sujeto a un seguimiento de sus actividades; a la asistencia a la escuela, a un centro de formación profesional o al lugar de trabajo que se le asigne. Esta medida obliga a su vez al menor, a la observancia de las pautas socio-educativas que señale la entidad pública o el profesional encargado de su seguimiento, o vigilancia, de acuerdo al programa de intervención que se elabore al efecto.

Asimismo, al menor se le impondrán ciertas obligaciones, como el tener que sostener entrevistas con su vigilante; o a cumplir con las reglas de conducta que le imponga el Juzgador; mismas que podrán ser:

- a) asistir con regularidad a la escuela, si está en edad de ello;
- b) someterse a programas de tipo formativo, cultural, educativo, profesional, laboral, de educación sexual, de educación vial u otros;
- c) prohibición de acudir a determinados lugares, establecimientos o espectáculos;
- d) prohibición de ausentarse del lugar de residencia sin autorización previa;
- e) obligación de residir en determinado lugar;
- f) obligación de acudir al Juzgado de Menores para informar de sus actividades; y
- g) cualesquiera otras obligaciones que el Juez juzgue convenientes para su reinserción social, siempre que no atenten contra su dignidad.

Según la Exposición de Motivos, la finalidad esencial de la medida es la consecución de la adquisición por parte del menor de las habilidades, capacidades y actitudes necesarias para un correcto desarrollo personal y social.

Es una medida de carácter sociopedagógico que se caracteriza por la combinación de asistencia educativa y seguimiento, desarrollándose en el medio sociofamiliar del menor. Se utiliza cuando no sea necesario separar al menor de su medio; o en sujetos que presentan carencias duraderas a nivel personal,

⁹⁶⁴ POLAINO NAVARRETE, Miguel. op. cit.

familiar y/o social. Entre sus características, se encuentran que se trata de una intervención individual y globalizada en todos los niveles o los que se estime necesario; controla la evolución personal, familiar, escolar y social del menor, incidiendo en las causas de la conducta inadaptada; y favorece la integración en la comunidad al utilizar los recursos que el propio tejido social proporciona⁹⁶⁵.

Es una medida que incide sobre las causas mismas de la inadaptación en el propio medio en que se origina y desarrolla, y utilizando sus propios recursos, a través de varias Fases de trabajo⁹⁶⁶. La eficacia de la medida dependerá de la dedicación y especialización de tales profesionales, el control judicial y las posibilidades que ofrezcan el propio menor, su medio familiar y social. Exige un esfuerzo de coordinación y trabajo multiprofesional⁹⁶⁷.

Con relación a la libertad vigilada, DE LA ROSA CORTINA establece que ésta es una de las medidas más utilizadas en tanto permite un tratamiento del menor infractor en su propio ámbito familiar y social, nutriéndose de los avances de la psicología y la pedagogía. La medida tiene un evidente contenido educativo, tendente a remover los obstáculos que se detectan en el menor y que le impiden un adecuado avance en su proceso de inserción en la sociedad y asunción de normas. En tanto en cuanto es una medida que se ejecuta en el propio entorno del menor, es fundamental para el buen éxito de la misma una adecuada coordinación con la familia, siendo también deseable la cooperación del centro escolar, servicios sociales de la zona, etc. Por ende, la medida debe orientarse a tratar de que el menor asuma las consecuencias de su conducta, implicar a la familia en el control del menor y en la imposición de horarios y hábitos de vida adecuados, lograr la asistencia regular del mismo al centro de estudios o centro de formación prelaboral asignado y orientarlo en cuanto a la necesaria selección del círculo de amistades y adecuada administración del tiempo libre⁹⁶⁸.

9. Prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares y otras personas que determine el Juez.

Esta medida fue introducida en el catálogo por la LO 8/2006. Transplantada de la legislación punitiva; se basa en el reconocimiento al derecho de la víctima u

⁹⁶⁵ TEJEDOR ORDAX, Antonia. op. cit., pp. 234 y ss.

⁹⁶⁶ Fases de trabajo de la libertad vigilada:

a) Fase de observación: se explora el caso en su medio, a fin de conocer las relaciones en él existentes a todos los niveles, para establecer los objetivos del P.E.I.; y establecer la línea base de cara a la evaluación posterior.

b) Fase de intervención: se aplica el proyecto de trabajo con los recursos y la temporalidad establecida.

c) Fase de cierre: se pretende dejar al menor en una situación óptima que le permita circular de forma fluida e independiente en la vida cotidiana, gestionando para ello los recursos que sean necesarios.

⁹⁶⁷ IDEM.

⁹⁶⁸ Cfr. DE URBANO CASTRILLO, Eduardo y DE LA ROSA CORTINA, José Miguel. op. cit., pp. 64-65.

ofendido de mantenerse a salvo de cualquier tipo de presión física o moral que pueda ejercer en su contra el menor autor de la conducta delictiva.

Así, si bien se trata de una restricción al menor, en el sentido de que le impide establecer comunicación o acercarse al lugar de residencia o estancia de la víctima, lo cual limita de cierta manera su libertad; se entiende más bien en el sentido de proteger a la víctima u ofendido de la posibilidad de que se presenten nuevas agresiones, el cual es en buena medida el objetivo de la LO 8/2006.

Esta medida, insistimos, no es sino un implante de una sanción meramente penal. Así, se ve que “Esta nueva medida carece de contenido educativo, siendo trasunto de la pena regulada por el art. 48 CP.”⁹⁶⁹.

10. Convivencia con persona, familia o grupo educativo

Por esta medida, se exige al menor el que conviva, con otra persona, con una familia distinta a la suya o con un grupo educativo, adecuadamente seleccionados para orientarlo en su proceso de socialización.

Como aspectos reseñables, se tienen en cuenta el consentimiento del menor, preferentemente; el que se establezcan claramente los objetivos y la temporalidad de la convivencia; persona, familia o grupo educativo adecuadamente seleccionados por la Entidad Pública y preferentemente de carácter profesional; y el que se presente el necesario apoyo técnico al menor y a ambas familias. Puede tener carácter de etapa final de un Internamiento en centro cuando el hábitat del menor no exista o sea inadecuado⁹⁷⁰.

Según POLAINO NAVARRETE, la erradicación del ambiente existencial originario del afectado, durante el tiempo de duración de la medida, propicia los medios idóneos en determinadas situaciones para superar los obstáculos, no por más básicos menos severos, del proceso de socialización del menor, a quien del modo más natural posible se le ofrecen, con sensibilidad pedagógica y capacidad suasoria, modelos positivos de convivencia que acaso no tuvo oportunidad de conocer jamás. A ello es de añadir el muy positivo efecto que deriva del hecho de implicar efectivamente a la sociedad a través de la familia en los procesos educativos de los menores infractores penales, especialmente de aquellos que adolecen de acusados déficits existenciales de normalidad en la convivencia familiar⁹⁷¹.

11. Prestaciones en beneficio de la comunidad

⁹⁶⁹ IBIDEM, p. 67.

⁹⁷⁰ TEJEDOR ORDAX, Antonia. op. cit., pp. 235 y ss.

⁹⁷¹ POLAINO NAVARRETE, Miguel. op. cit.

Por esta medida, el menor se obliga a la realización de actividades no retribuidas de interés social o ejecutadas en beneficio de personas que se hallan en situación de precariedad. El objetivo, es tratar de relacionar la naturaleza de dichas actividades con la del bien jurídico que fue afectado.

No se trata de trabajos forzados, puesto que no podrán imponerse sin el consentimiento del menor.

Explica la Exposición de Motivos como singular característica de esta medida que el menor comprenda que la colectividad o determinadas personas han sufrido consecuencias negativas derivadas de su conducta incorrecta, y que por ello merece el reproche formal de la sociedad, siendo la prestación de los trabajos que se le exigen un acto de reparación justo. Según POLAINO NAVARRETE, la referencia a la justa reparación, en cierto sentido, difumina el perfil de esta medida respecto de la conciliación y de la reparación. Por otro lado, la conexión entre la actividad obligada y la naturaleza del bien jurídico lesionado, confiere un pragmatismo impropio del sentido substancial del adecuado tratamiento educativo y socializador, interfiere lo esencial con lo accidental, y puede circunscribir limitativamente el ámbito de la prestación de actividades en beneficio de determinadas personas o de la comunidad⁹⁷².

Se utiliza preferentemente para aquellos casos en que se atenta contra los valores democráticos de la tolerancia, el respeto al bien común, la solidaridad y el civismo, es decir, actos vandálicos y gamberrismo. También puede utilizarse en aquellos sujetos que, por sus condiciones personales (soledad, enfermedad física o psíquica, problemas familiares), hagan aconsejable ponerlo en contacto con otros grupos, a fin de facilitar su inserción social. La medida lleva implícita que, cuando se utiliza aisladamente, no es necesaria una intervención global sobre el menor. Cuando forman parte de un programa de Libertad Vigilada, serían tareas incluidas en el Proyecto Educativo Individualizado, no considerándose como trabajos en beneficio a la comunidad. El valor educativo actúa en dos frentes: en cuanto al menor, le ayuda a responsabilizarle de sus actos; le indica que puede ser útil para él y para los demás; y le enseña a relacionarse de forma positiva con la comunidad. Y en cuanto a la sociedad; ésta participa en la resolución de aquellos conflictos que le causan malestar; la justicia la reconoce en su papel de víctima. Las características que deben presentar la medida serían que el menor consienta; preferentemente, que estén relacionadas con la naturaleza del hecho cometido; que se adapten a sus capacidades y al momento evolutivo en el que se encuentra; y que no obstaculicen actos educativos, sociales o culturales que venga desarrollando⁹⁷³.

⁹⁷² IDEM.

⁹⁷³ TEJEDOR ORDAX, Antonia. op. cit., pp. 236 y ss.

Sobre la eficacia de esta medida, se ha señalado que: “la experiencia demuestra que la medida suele tener efectos muy positivos como generadora de un proceso de reflexión crítica del menor ante su conducta y para la asunción del compromiso de respeto de los bienes jurídicos ajenos. A diferencia de otras medidas, los quebrantamientos durante la ejecución son escasos.”⁹⁷⁴.

12. Realización de tareas socio-educativas

Por medio de esta medida, se obliga al menor a realizar actividades específicas de contenido educativo encaminadas a facilitar su socialización. Para la ejecución de la medida, no se exige el sometimiento del menor a un régimen de internamiento ni de libertad vigilada.

Según la Exposición de Motivos, esta medida puede ser aplicada de modo autónomo o formando parte de otra más compleja, mencionando como supuestos ejemplificativos de tareas socio-educativas la asistencia a un taller ocupacional, a un aula de educación compensatoria o a un curso de preparación para el empleo, o la participación en actividades de animación socio-cultural.

Si la medida se aplica con un carácter autónomo, no va implícito un tratamiento prolongado, por lo que se deduce que los sujetos no presentan carencias duraderas y obstaculizadoras de su proceso evolutivo y que presentan las normas sociales interiorizadas; por lo que va dirigida a satisfacer necesidades concretas. Estas tareas, deben adaptarse a las capacidades y al momento evolutivo en el que se encuentra el menor; no obstaculizar otros actos educativos, sociales o culturales que vengan desempeñando; y ser aceptada su realización por parte del menor⁹⁷⁵.

13. Amonestación

Esta medida consiste en la reprensión del menor, llevada a cabo por el Juez de Menores; quien deberá dirigir el regaño a hacerle comprender la gravedad de los actos cometidos y de las consecuencias, instándole a no volver a cometerlos en el futuro.

Según POLAINO NAVARRETE, superadas las connotaciones de la pena de reprensión de los Códigos penales históricos, la mayor virtualidad de esta medida reside en su alto valor pedagógico, de que por cierto tan ayuno se encuentra el estereotípico y anquilosado formalismo judicial, en lagunas de eficacia profesional y en desiertos de racionalidad, que con tanta frecuencia a la postre contribuyen a

⁹⁷⁴ DE URBANO CASTRILLO, Eduardo y DE LA ROSA CORTINA, José Miguel. op. cit., p. 63.

⁹⁷⁵ TEJEDOR ORDAX, Antonia. op. cit., pp. 236 y ss.

malograr la función de prevención general positiva, a través de la reafirmación de la vigencia de la norma infringida que legitima al Derecho penal⁹⁷⁶.

De acuerdo con Antonia TEJEDOR ORDAX, para la ejecución de la amonestación sería necesaria la utilización de un lenguaje claro y apropiado a la edad y al nivel cultural del destinatario. Se realiza en un acto único que tiene lugar en la sede judicial. Se aplicará en casos de escasa gravedad de los hechos; en que no se haya empleado violencia o intimidación; en que exista una buena integración del menor a todos los niveles; en los que haya reparado o se comprometa a reparar a la víctima; y cuando el sujeto no sea reincidente⁹⁷⁷.

Asimismo, se afirma sobre la amonestación que “la medida no es adecuada para menores infractores habituales, pues su código de conducta es muy distinto al asumido por la conciencia social. Sí podría ser útil para menores con “alto sentido de la dignidad” como consecuencia del propio contenido moral de la medida.”⁹⁷⁸.

A nuestra consideración, esta medida debiera aplicarse en todos los casos; dado que con esta intervención como figura de autoridad, el Juez de menores ejerce una actividad de alto valor socializante y pedagógico, al hablar ante el menor, como representante de la sociedad, respecto a su acto y las consecuencias de éste.

14. Privación de permiso de conducir vehículos ciclomotores o a motor, del derecho a obtener dicho permiso, o de las licencias administrativas para caza o para el uso de cualquier tipo de armas.

Esta medida podrá imponerse como accesoria cuando en la ejecución del acto delictivo se hubiese utilizado un vehículo a motor o un arma. Se trata de una prohibición cuyas consecuencias inciden en un ámbito de carácter administrativo, al suspendersele o negársele al menor ciertos permisos o licencias, en virtud de que el uso del instrumento ligado a dichos permisos se vincula con la comisión de su conducta infractora.

Sobre este particular, POLAINO NAVARRETE señala que ante la inimputabilidad del menor de edad penal, que excluye la capacidad de culpabilidad penal y la posibilidad de la imposición de una pena, no duda la Ley Orgánica de responsabilidad penal del menor en hacer coincidir el contenido material de la medida de referencia con la pena accesoria respectiva, al objeto de vetar durante

⁹⁷⁶ POLAINO NAVARRETE, Miguel. op. cit.

⁹⁷⁷ TEJEDOR ORDAX, Antonia. op. cit., pp. 236 y ss.

⁹⁷⁸ DE URBANO CASTRILLO, Eduardo y DE LA ROSA CORTINA, José Miguel. op. cit., p. 59.

el tiempo de aplicación de la medida la libre accesibilidad al instrumentum scoeleris utilizado en la concreción del injusto típico⁹⁷⁹.

Se aplica preferentemente, a los casos de riesgo o imprudencia, salvo que los hechos ocasionen un grave resultado contra la vida o la integridad física. Reduce la esfera de derechos administrativos; es una medida de carácter sancionador, cuyo complemento educativo vendría dado por la obligatoriedad de acudir a cursos de educación vial⁹⁸⁰.

15. Inhabilitación absoluta

Esta medida es introducida por el artículo 2, primero, de la L.O. 7/2000, de 22 de diciembre, que modifica la L.O. 5/2000, de 12 de enero, adicionando la nueva letra ñ) al apartado 1 del artículo 7 de la misma; y es reformada por la LO 8/2006.

La medida implica la privación definitiva de todos los honores, empleos y cargos públicos sobre el que recayere, aunque sean electivos; así como la incapacidad para obtener los mismos o cualesquiera otros honores, cargos o empleos públicos, y la de ser elegido para cargo público, durante el tiempo de la medida.

La inhabilitación es temporal; implica, a nuestro juicio, una penalización de carácter moral, al privar al menor de la posibilidad de recibir honores o desempeñar cargos o empleos; para los que la sociedad al otorgarlos, reclama un comportamiento honorable y respetuoso de la ley de parte de los destinatarios o beneficiarios.

La elección de la medida a aplicar, deberá realizarse, de acuerdo con el número 3 del artículo 7 de la ley, atendiendo a de modo flexible no sólo a la prueba y valoración jurídica de los hechos; sino además, a las circunstancias familiares y sociales del menor, su personalidad y su interés. Para evaluar estos rubros, el Juez se basará en los informes técnicos que se rindan de acuerdo con la ley.

La aplicación de la o las medidas, deberá ser razonada y motivarse adecuadamente en la sentencia, expresándose a su vez en ésta la duración de la medida a imponer. Podrán imponerse en la misma resolución varias medidas, pero sin que sean de la misma clase.

⁹⁷⁹ POLAINO NAVARRETE, Miguel. op. cit.

⁹⁸⁰ TEJEDOR ORDAX, Antonia. op. cit., pp. 237 y ss.

B. Reglas para la aplicación de las medidas de seguridad a los menores de edad penal

Los criterios para aplicar las medidas y la duración de éstas se señalan en los artículos 9 y 10 de la ley; y se basan, de manera general, en la gravedad de los hechos. Según POLAINO NAVARRETE, estas disposiciones básicas sobre la aplicación de las medidas de seguridad, han de ser complementadas con otras disposiciones, que con plena falta de rigor sistemático figuran dispersas en los más diversos lugares del texto legislativo⁹⁸¹.

El régimen para la imposición de medidas correlaciona de manera limitativa las medidas que pueden imponerse de acuerdo con la gravedad del hecho; es decir, para cada categoría de la conducta infractora, se enumeran las medidas y la duración máxima de éstas, en el entendido que son las únicas que pueden aplicarse para esos hechos. Este sistema puede analizarse, dividiéndolo en los siguientes rubros:

1. Medidas aplicables a los responsables de faltas.

Según la regla 1 del artículo 9, cuando las infracciones a la ley sean calificadas como faltas, no delitos, sólo se podrán imponer las medidas de libertad vigilada hasta por un máximo de seis meses, amonestación, permanencia de fin de semana por un máximo de cuatro fines de semana, prestaciones en beneficio de la comunidad por un máximo de cincuenta horas, privación de permisos o licencias administrativas por máximo un año, y la prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima u ofendidos hasta por seis meses.

Según POLAINO NAVARRETE, la Ley limita el ámbito de las medidas aplicables cuando los injustos típicos cometidos sean subsumibles en un tipo de falta, no de delito. Por razón de la menor gravedad de la falta, la ley circunscribe de manera significativa el número de las medidas aplicables, restringiéndolas a aquellas que considera poseen menos intensidad de incidencia en los bienes del interesado objeto de afectación⁹⁸².

2. Medidas aplicables a los autores de hechos tipificados como delitos.

En este supuesto, las reglas para la aplicación de la medida se basan en los casos en los cuales el internamiento cerrado, como medida de mayor gravedad, puede imponerse. Según el número 2 del artículo 9, éste régimen de internamiento, el cual, como señalamos, es en esencia el sometimiento del menor a la reclusión en un centro a puerta cerrada, sólo puede imponerse tratándose de:

⁹⁸¹ POLAINO NAVARRETE, Miguel. op. cit.

⁹⁸² IDEM.

- a) hechos tipificados como delito grave por el Código Penal.
- b) hechos tipificados como delito menos grave, cuando en su ejecución se haya empleado violencia o intimidación o se haya generado grave riesgo para la vida o integridad física de las personas.
- c) hechos tipificados como delito, que independientemente de su gravedad, se cometan en grupo, o cuando el menor pertenezca o actúe al servicio de una banda, organización o asociación, aún de carácter transitorio, dedicada a dichas actividades.

Se entiende, por tanto, que tratándose de hechos tipificados como delitos, el Juez cuenta con facultades para aplicar cualquiera de las medidas que se enumeran en el catálogo del artículo 7; debiendo limitarse, en el caso del internamiento en régimen cerrado, a las tres hipótesis enumeradas anteriormente.

Respecto al límite temporal máximo de las medidas, la ley dispone en el número 3 que la duración de cualquiera de ellas no podrá exceder de dos años, computándose en este lapso, el tiempo cumplido por el menor cuando se ejecute una medida cautelar. Por lo que hace a la medida de prestaciones en beneficio de la comunidad, no podrá superar las cien horas; y la medida de permanencia de fin de semana, no podrá superar los ocho fines de semana.

Se excluye a su vez, en la regla 4 del artículo 9, la aplicación del régimen de internamiento cerrado a las acciones u omisiones imprudentes.

Con la reforma de 8/2006, la duración original de las medidas se amplía considerablemente. Así, en el texto reformado del artículo 10, se prevé que en ciertos casos, la aplicación de las medidas en su totalidad podrá extenderse en los casos considerados de mayor gravedad hasta por el aberrante período de ¡trece años! (valga la exclamación); ocho de internamiento en régimen cerrado y cinco de libertad vigilada. Las hipótesis de extensión de la duración temporal de la medida en términos del artículo 10 son las siguientes:

a) tratándose de hechos tipificados como delito, si el menor tuviere catorce o quince años de edad, la medida de internamiento podrá alcanzar tres años de duración, la de prestación de servicios a la comunidad ciento cincuenta horas, y la de permanencia de fin de semana doce fines de semana.

b) tratándose de hechos tipificados como delito, si el menor tuviere dieciséis o diecisiete años, la medida de internamiento podrá durar seis años, la de prestación de servicios a la comunidad doscientas horas, y la de permanencia de fin de semana dieciséis fines de semana.

c) tratándose de hechos tipificados como delito, si el menor tuviere dieciséis o diecisiete años, y se tratare de hechos de extrema gravedad o de casos de

reincidencia, la medida de internamiento de hasta seis años podrá complementarse con una de libertad vigilada hasta por cinco años; lo cual daría un total de once años en los cuales el menor se vería sujeto a una medida.

d) tratándose de hechos tipificados como delito en los artículos 138 (homicidio), 139 (asesinato), 179 (violación), 180 (agresión sexual y violación cualificadas) y 571 a 580 (delitos de terrorismo) del Código Penal, los cuales, en el régimen de adultos, tienen señalada una pena de prisión igual o superior a quince años; si el menor tiene catorce o quince años al momento de cometer el ilícito, la medida de internamiento podrá durar hasta cinco, pudiendo complementarse con una de libertad vigilada hasta por tres años; lo cual daría un total de ocho años en los cuales el menor se vería sujeto a una medida.

e) tratándose de esos mismos hechos tipificados como de gravedad, si el menor tuviese dieciséis o diecisiete años al momento de cometer el delito, la medida de internamiento podrá durar hasta ocho años, pudiendo complementarse con una de libertad vigilada hasta por cinco años, dando el total de ¡trece años! (valga la exclamación), durante los cuales el menor se vería sujeto a una medida.

f) tratándose de los delitos tipificados en los artículos 571 a 580 del Código Penal, los delitos de terrorismo, podrá imponerse al menor la medida de inhabilitación absoluta por un término de entre cuatro y quince años.

Este nuevo régimen de duración de medidas establecido por la LO 8/2006, supone una *sui generis* gradación de la minoría de edad penal; atendiendo al criterio biológico de la edad del infractor, el legislador ha establecido dos nuevos niveles diferentes de responsabilidad, según si el menor tenga catorce y quince, o dieciséis y diecisiete años, en un régimen escalonado que nos resulta absurdo. Este nuevo esquema, ajeno a cualquier criterio de orden científico, sólo puede entenderse como fundamentado en la trasnochada idea de que el aumento de la penalidad es el mejor camino para combatir la delincuencia.

Dado lo anterior, vemos como, si bien el artículo 7.3 de la LORPM prevé que al momento de elegir la medida o medidas se atiendan las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor; puede afirmarse que estos criterios, se hacen a un lado frente a los dos grandes rubros que determinan la intensidad de la medida, y especialmente su duración, que son la gravedad de los hechos cometidos, y la edad del menor. Es decir, sobre los principios de interés del menor y de función educativa de la medida, privan a nuestro juicio el de proporcionalidad de la medida –entendida aquí como una auténtica sanción- ante los hechos; y el de culpabilidad del menor, cuyo grado se fija atendiendo prioritariamente a su mayor o menor edad; criterios ambos que en los hechos, definen arbitrariamente la mayor o menor peligrosidad del menor, según si se trata de los supuestos denominados de *máxima gravedad*.

Tratando de esconder esta naturaleza sancionadora de la medida de internamiento, se ha afirmado que, dice DE LA ROSA CORTINA, siguiendo un criterio jurisprudencial, “en estos supuestos de delitos de máxima gravedad la medida prevista tiene su apoyo en la necesidad de que el menor sienta el reproche social hacia un comportamiento que atenta de forma extremadamente grave contra derechos esenciales; sirviendo también un mecanismo de protección social por la prevención general que supone; y todo ello, sin desconocer el interés del menor, porque conlleva un programa de ejecución individualizado en cada caso para atender los déficit que el menor presenta, con la finalidad de reeducarle y reinsertarle en la sociedad.”⁹⁸³.

El anterior criterio, no sirve para justificar el sometimiento de una grave medida de privación de libertad para el menor, pues ésta, aún con todo y el tratamiento educativo, es más probable que acarree consecuencias negativas en su ánimo que positivas; subordinando, su interés superior, a la naturaleza meramente retributiva de la medida.

Así lo señalan también SOLA RECHE y SERRANO SOLÍS, revelando la poca eficacia educativa del internamiento; y más aún, la posibilidad de que éste genere en algunas ocasiones reincidencia, cuando no tiene otra finalidad más que la meramente sancionadora. “La eficacia educativa de cualquier internamiento es muy limitada si prioritariamente, si no exclusivamente, se dirige a cumplir con su finalidad aflictiva. Y en ese contexto puede incluso que en algunos casos, la propia medida sea criminógena, como también se ha reconocido que las penas privativas de libertad, sobre todo cuando no se impide que más que el extrañamiento del entorno delictivo se produzca una mayor integración con personas experimentadas en la comisión de delitos. Dos condiciones difícilmente evitables lastran también aquí con las experiencias resocializadoras: 1) la de tener que instruir en la falta de libertad el correcto ejercicio de la misma; y 2) la de procurar la integración en ambientes de desintegración.”⁹⁸⁴.

La simple agravación de las medidas, no es en forma alguna un criterio adecuado para combatir las conductas ilícitas o la reincidencia. El que los menores reincidan o rompan el tratamiento al que se ven sometidos, sólo revela la poca eficacia del carácter educativo de las medidas, pero esa situación no mejorará aumentando la severidad de la medida. Menos aún, cuando la investigación práctica ha demostrado que el internamiento es una de las medidas que más se relaciona con la reincidencia de los menores; es decir, que en

⁹⁸³ DE URBANO CASTRILLO, Eduardo y DE LA ROSA CORTINA, José Miguel. op. cit., p. 95.

⁹⁸⁴ SOLA RECHE, Esteban y SERRANO SOLÍS, Miguel. “Presente y futuro de la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores”. En SOLA RECHE, Esteban, et. al. (eds.). **Derecho penal y psicología del menor**. Ed. Comares, Centro de Estudios Criminológicos, Universidad de La Laguna, Granada, España, 2007, Biblioteca Comares de Ciencia Jurídica, p. 12.

comparación con la aplicación de otras medidas, el internamiento es la que fracasa más estrepitosamente en la resocialización del menor.

Así, refiriéndose a ALBRECHT, GARCÍA PÉREZ señala que: “aunque los niveles de reincidencia no sean comparables, hay que tener presente que las sanciones se imponen justamente para evitar que el menor vuelva a delinquir. Y desde esta perspectiva preventivo-especial, el internamiento es el que presenta con diferencia los peores resultados. Si las medidas privativas de libertad se imponen a los que presentan mayores déficit, se supone que ello acontece porque son medidas que están justamente mejor preparadas para hacer frente a esa peor situación del menor, lo que, sin embargo, en la práctica no es así.”⁹⁸⁵ De tal suerte, que en definitiva, desde una perspectiva preventivo-especial, “no se puede justificar una reforma que incrementa el rigor de las medidas privativas de libertad con el pretexto de aumentar la eficacia de las mismas”⁹⁸⁶.

Más aún, cuando es una realidad que el internamiento generalmente se lleva a cabo en condiciones adversas para el menor, que difieren mucho del espíritu que las justifica en la norma. Es poco favorable, que un menor deba permanecer privado de su libertad en un centro inadecuado, mal construido o diseñado, con escasa operatividad por falta de recursos, sujeto a la vigilancia y atención de personal sin la capacitación o preparación necesaria.

Ello, porque tras los primeros años de aplicación de la LO 5/2000, “se ha puesto de manifiesto la improvisación y el descuido en su aplicación (...) La misma construcción y el acondicionamiento de Centros de internamiento de menores (...) fue retrasándose, por los mismos problemas económicos y sociales por los que no se daba puntual respuesta a las necesidades de creación de nuevos Centros penitenciarios de adultos; en muchos casos el acondicionamiento fue mal proyectado y peor dotado para cumplir las funciones que han de desarrollarse en los Centros de internamiento de menores, tanto para procurar las convenientes separaciones interiores en módulos, como para el desempeño de las actividades educativas; y por supuesto, la descuidada contratación del personal que había de cumplirlas, a veces subcontratando a través de empresas de seguridad que no precisamente carecen de ánimo de lucro, hasta la improvisada conformación de equipos de tratamiento, no han sido precisamente modélicas, ni anécdotas aisladas (...)”⁹⁸⁷.

Las modificaciones para aumentar la severidad de las medidas, como las introducidas por la LO 8/2006, no pueden justificarse en forma alguna. Permiten ver como de nueva cuenta el legislador español ha olvidado que el proceso de

⁹⁸⁵ GARCÍA PÉREZ, Octavio, “La introducción del modelo de seguridad ciudadana en la justicia de menores”. En SOLA RECHE, Esteban. op. cit., p. 29.

⁹⁸⁶ IBIDEM, p. 30.

⁹⁸⁷ SOLA RECHE, Esteban y SERRANO SOLÍS, Miguel. op. cit., p. 21.

menores es, a final de cuentas, un “procedimiento encaminado a la adopción de medidas no represivas, sino de índole preventivo-especial orientadas hacia la reinserción y el interés superior del menor.”⁹⁸⁸.

II.- LEGISLACIÓN MEXICANA.

Por lo que hace a la legislación federal vigente en México, la Ley para el tratamiento de menores infractores, para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal establece las siguientes medidas como aplicables al menor:

A. Medidas de orientación

Se describen en los artículos 96 al 102.⁹⁸⁹

⁹⁸⁸ CADENA SERRANO, Fidel Ángel, et. al. **La responsabilidad penal de los menores**. El Justicia de Aragón, Zaragoza, España, 2003, p. 47.

⁹⁸⁹ Ley para el tratamiento de menores infractores para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal.

CAPITULO III De las medidas de orientación y de protección

Artículo 96

La finalidad de las medidas de orientación y de protección es obtener que el menor que ha cometido aquéllas infracciones que correspondan a ilícitos tipificados en las leyes penales, no incurra en infracciones futuras.

Artículo 97

Son medidas de orientación las siguientes:

I.- La amonestación;

II.- El apercibimiento;

III.- La terapia ocupacional;

IV.- La formación ética, educativa y cultural; y

V.- La recreación y el deporte.

Artículo 98

La amonestación consiste en la advertencia que los consejeros competentes dirigen al menor infractor, haciéndole ver las consecuencias de la infracción que cometió e induciéndolo a la enmienda.

Artículo 99

El apercibimiento consiste en la conminación que hacen los consejeros competentes al menor cuando ha cometido una infracción, para que éste cambie de conducta, toda vez que se teme cometa una nueva infracción, advirtiéndole que en tal caso su conducta será considerada como reiterativa y le será aplicada una medida más rigurosa.

Artículo 100

- I.- La amonestación.
- II.- El apercibimiento.
- III.- La terapia ocupacional.
- IV.- La formación ética, educativa y cultural.
- V.- La recreación y el deporte.

a) La amonestación consiste en la advertencia que los Consejeros competentes, dirigen al menor infractor, haciéndole ver las consecuencias de la infracción que cometió, e induciéndolo a la enmienda.

b) El apercibimiento estriba en la conminación que hacen los Consejeros competentes al menor, cuando ha cometido una infracción, para que cambie de conducta, toda vez que se teme perpetre una nueva infracción, advirtiéndole que en tal caso, su conducta será considerada reiterativa, y le será aplicada una medida más rigurosa.

c) La terapia ocupacional es una medida de orientación que consiste en la realización, por parte del menor, de determinadas actividades en beneficio de la sociedad, las cuales tienen fines educativos y de adaptación social.

La aplicación de dicha medida se efectuará cumpliendo con los principios tutelares del trabajo de los menores, y durará el tiempo que los Consejeros competentes consideren pertinente, dentro de los límites establecidos en esta misma Ley.

d) La formación ética, educativa y cultural estriba en brindar al menor, con la colaboración de su familia, la información permanente y continua, en lo referente a los problemas de conducta de menores, en relación con los valores de las normas morales, sociales y legales, sobre adolescencia, farmacodependencia, familia, sexo y uso del tiempo libre en actividades culturales.

La terapia ocupacional es una medida de orientación que consiste en la realización, por parte del menor, de determinadas actividades en beneficio de la sociedad, las cuales tienen fines educativos y de adaptación social.

La aplicación de esta medida se efectuará cumpliendo con los principios tutelares del trabajo de los menores y durará el tiempo que los consejeros competentes consideren pertinente, dentro de los límites establecidos en esta misma Ley.

Artículo 101

La formación ética, educativa y cultural consiste en brindar al menor, con la colaboración de su familia, la información permanente y continua, en lo referente a problemas de conducta de menores en relación con los valores de las normas morales, sociales y legales, sobre adolescencia, farmacodependencia, familia, sexo y uso del tiempo libre en actividades culturales.

Artículo 102

La recreación y el deporte tienen como finalidad inducir al menor infractor a que participe y realice las actividades antes señaladas, coadyuvando a su desarrollo integral.

e) La recreación y el deporte tienen como finalidad inducir al menor infractor, a que participe y realice las actividades antes señaladas, coadyuvando a su desarrollo integral.

B. Medidas de protección

Son medidas de protección las siguientes, según el artículo 103:

- I.- El arraigo familiar.
- II.- El traslado al lugar donde se encuentra el domicilio familiar.
- III.- La inducción para asistir a instituciones especializadas.
- IV.- La prohibición de asistir a determinados lugares y de conducir vehículos.
- V.- La aplicación de los instrumentos, objeto y productos de la infracción, en los términos que determine la legislación penal, para los casos de comisión de delitos.

a) El arraigo familiar consiste en la entrega del menor que hacen los órganos de decisión del Consejo, a sus representantes legales o a sus encargados, responsabilizándolos de su protección, orientación y cuidado, así como de su presentación periódica en los centros de tratamiento que se determinen, con la prohibición de abandonar el lugar de su residencia, sin la previa autorización del Consejo.

b) El traslado al lugar donde se encuentre el domicilio familiar, consiste en la reintegración del menor a su hogar o a aquél en que haya recibido asistencia personal en forma permanente, por lo que se refiere a sus necesidades esenciales, culturales y sociales, siempre que ello no haya influido en su conducta infractora.

Dicha medida de protección se llevará a cabo, con la supervisión de la Unidad Administrativa encargada de la prevención y tratamiento de menores.

c) La inducción para asistir a instituciones especializadas de carácter público y gratuito, que el Consejo determine, consistirá en que el menor, con el apoyo de su familia, reciba de ellas la atención que requiera, de acuerdo con la problemática que presente. Si el menor, sus padres, tutores o encargados lo solicitaren, la atención de éste podrá practicarse por las instituciones privadas, a juicio del Consejo que corresponda. El costo, si lo hubiese, correrá por cuenta del solicitante.

d) La prohibición de asistir a determinados lugares, es la obligación que se impone al menor, de abstenerse de concurrir a sitios que se consideren impropios para su adecuado desarrollo biopsicosocial. La prohibición de conducir vehículos

automotores, es el mandato por el que se impone al menor la obligación de abstenerse de la conducción de los mismos. Esta medida concederá el tiempo que se estime prudente, siempre dentro de los límites previstos por el ordenamiento legal.

Para este efecto, el Consejero respectivo hará del conocimiento de las autoridades competentes esta prohibición, para que nieguen, cancelen o suspendan el permiso de conducir, mientras no se levante la medida indicada.

En caso de incumplimiento a lo preceptuado en el capítulo relativo de la ley, se impondrán a los responsables de la custodia del menor, sanciones administrativas que consistirán en multa de cinco a treinta días de salario mínimo vigente en el Distrito Federal, al momento de su aplicación, las que podrán duplicarse en caso de reincidencia. Cuando el menor, sus representantes legales o encargados, quebranten en más de dos ocasiones la medida impuesta, el Consejero que la haya ordenado, podrá sustituir dicha medida por la de tratamiento en externación.

Con relación a las medidas de orientación y protección reseñadas, cabe señalar que la descripción jurídica que hace la Ley de las diversas medidas que se aplicarán a los niños y el planteamiento de los objetivos que se quieren alcanzar con las mismas (artículo 96 a 109), contradicen estructuralmente el principio de proporcionalidad. Ejemplo de lo anterior se puede encontrar al considerar los fines explícitos que se persiguen con cada una de las medidas; en todo caso, se trata de hacer que el menor interiorice los valores y normas sociales, haciendo depender la modalidad de la medida y su duración, del éxito que en dicho propósito se obtenga, lo cual, como es de suponerse, es un argumento adecuado para justificar la indeterminación de la medida y, junto con esto, la inseguridad jurídica implícita en su ejecución.

C. Medidas de tratamiento externo e interno

Artículos 110 al 119 de la ley.⁹⁹⁰

⁹⁹⁰ CAPITULO IV

De las medidas de tratamiento Externo e interno

Artículo 110

Se entiende por tratamiento, la aplicación de sistemas o métodos especializados, con aportación de las diversas ciencias, técnica, y disciplinas pertinentes, a partir del diagnóstico de personalidad para lograr la adaptación social del menor.

Artículo 111

El tratamiento deberá ser integral, secuencial, interdisciplinario y dirigido al menor con el apoyo de su familia, y tendrá por objeto:

I.- Lograr su autoestima a través del desarrollo de sus potencialidades y de autodisciplina necesaria para propiciar en el futuro el equilibrio entre sus condiciones de vida individual, familiar y colectiva;

II.- Modificar los factores negativos de su estructura biopsicosocial para propiciar un desarrollo armónico, útil y sano;

III.- Promover y propiciar la estructuración de los valores y la formación de hábitos que contribuyan al adecuado desarrollo de su personalidad;

IV.- Reforzar el reconocimiento y respeto a las normas morales, sociales y legales, y de los valores que éstas tutelan; así como llevarlo al conocimiento de los posibles daños y perjuicios que pueda producirle su inobservancia; y

V.- Fomentar los sentimientos de solidaridad familiar, social, nacional y humana.

El tratamiento será integral, porque incidirá en todos los aspectos que conforman el desarrollo biopsicosocial del menor; secuencial, porque llevará una evolución ordenada en función de sus potencialidades; interdisciplinario, por la participación de técnicos de diversas disciplinas en los programas de tratamiento; y dirigido al menor con el apoyo de su familia, porque el tratamiento se adecuará a las características propias de cada menor y de su familia.

Artículo 112

El tratamiento se aplicará de acuerdo a las siguientes modalidades:

I.- En el medio sociofamiliar del menor o en hogares sustitutos, cuando se aplique el tratamiento externo; o

II.- En los centros que para tal efecto señale el Consejo de Menores, cuando se apliquen las medidas de tratamiento interno.

Artículo 113

El tratamiento del menor en el medio sociofamiliar o en hogares sustitutos, se limitará a la aplicación de las medidas ordenadas en la resolución definitiva, que deberán consistir en la atención integral a corto, mediano o largo plazo.

Artículo 114

El tratamiento en hogares sustitutos consistirá en proporcionar al menor el modelo de vida familiar que le brinde las condiciones mínimas necesarias para favorecer su desarrollo integral.

Artículo 115

Cuando se decrete la aplicación de medidas de tratamiento externo, el menor será entregado a sus padres, tutores, encargados o jefes de familia del hogar sustituto.

Artículo 116

Los centros de tratamiento brindarán a los menores internos orientación ética y actividades educativas, laborales, pedagógicas, formativas, culturales, terapéuticas y asistenciales, así como la seguridad y protección propias de un positivo ambiente familiar.

Los sistemas de tratamiento serán acordes a las características de los menores internos, atendiendo a su sexo, edad, grado de desadaptación social, naturaleza y gravedad de la infracción.

Artículo 117

La unidad administrativa encargada de la prevención y tratamiento de menores, contará con los centros de tratamiento interno que sean necesarios para lograr la adecuada clasificación y tratamiento diferenciado de menores.

Artículo 118

La unidad administrativa encargada de la prevención y tratamiento de menores deberá contar con establecimientos especiales para la aplicación de un tratamiento intensivo y prolongado respecto a los jóvenes que revelen alta inadaptación y pronóstico negativo.

Las características fundamentales a considerar en estos casos, serán:

I.- Gravedad de la infracción cometida;

II.- Alta agresividad;

III.- Elevada posibilidad de reincidencia;

IV.- Alteraciones importantes del comportamiento previo a la comisión de la conducta infractora;

V.- Falta de apoyo familiar; y

VI.- Ambiente social criminógeno.

Artículo 119

El tratamiento externo no podrá exceder de un año y el tratamiento interno de cinco años.

Se entiende por tratamiento, la aplicación de sistemas o métodos especializados, con aportación de las diversas ciencias, técnicas y disciplinas pertinentes, a partir del diagnóstico de personalidad, para lograr la adaptación social del menor. El tratamiento deberá ser integral, secuencial, interdisciplinario y dirigido al menor con el apoyo de su familia, y tendrá por objeto:

I.- Lograr su autoestima a través de sus potencialidades y autodisciplina necesarias, para propiciar en el futuro el equilibrio entre sus condiciones de vida individual, familiar y colectiva.

II.- Modificar los factores negativos de su estructura biopsicosocial para favorecer un desarrollo armónico, útil y sano.

III.- Promover y patrocinar la estructuración de valores y la formación de hábitos, que contribuyan al apropiado desarrollo de su personalidad.

IV.- Reforzar el reconocimiento y respeto a las normas morales, sociales y legales, y de los valores que tutelan; así como llevarlo al conocimiento de los posibles daños y perjuicios, que pueda producirle su inobservancia, y

V.- Fomentar los sentimientos de solidaridad familiar, social, nacional y humana.

Señala TOCAVEN que el tratamiento, o terapia, consiste en “una serie de tácticas o procedimientos concretos, que se aplican con el propósito deliberado de modificar los factores que se piensa, son el origen de la mala conducta del infractor y que tienen por objeto inducir un cambio en algunos o en todos los factores, a los que se atribuye la conducta indeseable del individuo.”⁹⁹¹.

El tratamiento será integral, porque incidirá en todos los aspectos que conforman el desarrollo biopsicosocial del menor; secuencial, porque llevará una evolución ordenada en función de sus potencialidades: interdisciplinario, por la participación de técnicos de diversas disciplinas en los programas de tratamiento, y dirigido al menor con el apoyo de su familia, porque el tratamiento se adecuará a las características propias de cada menor y de su familia.

El tratamiento se aplicará de acuerdo a las siguientes modalidades:

I.- En el medio social familiar del menor o en hogares sustitutos, cuando se aplique el tratamiento externo, o

⁹⁹¹ TOCAVEN GARCÍA, Roberto. **Menores Infractores**. Ed. Porrúa, México, 1993, p. 58.

II.- En los centros que para tal efecto ordene el Consejo de Menores, cuando se apliquen las medidas de tratamiento interno.

El tratamiento del menor en el medio sociofamiliar o en hogares sustitutos, se limitará a la aplicación de las medidas ordenadas en la resolución definitiva, que deberán consistir en la atención integral a corto, mediano o largo plazo.

El tratamiento en hogares sustitutos, consistirá en proporcionar al menor el modelo de vida familiar que le brinde las condiciones mínimas indispensables, para favorecer el desarrollo integral.

Cuando se decreta la imposición de las medidas de tratamiento externo, el menor será entregado a sus padres, tutores, encargados o jefes de familia del hogar sustituto.

El tratamiento de *libertad vigilada*, no debe distinguir, “no permite desigualdad entre el menor abandonado moral o materialmente, el de conducta antisocial o el infractor. Interesa exclusivamente su personalidad y su medio familiar y social, sin diferencia por razón del hecho cometido; tienen una naturaleza educativa y no represiva, pretende educar y consecuentemente socializar, jamás sancionar. La libertad vigilada como instancia del derecho de menores admite una conceptualización jurídica desde el punto de vista de lo sustantivo, procesal y ejecutivo.”⁹⁹².

Los centros de tratamiento brindarán a los menores internos, orientación técnica y actividades educativas, laborales, pedagógicas, formativas, culturales, terapéuticas y asistenciales, así como la seguridad y protección propias de un positivo ambiente familiar.

Además de la atención del personal adecuado, resulta imprescindible en estos casos la existencia de instalaciones adecuadas para el tratamiento del menor, pues “La mejor ley -la más humanitaria y científica, que contemple el universo biológico, psicológico y cultural del niño y del adolescente- se estrella, neutraliza y desvanece cuando tiene que ser aplicada en construcciones e instalaciones inadecuadas, obsoletas (...) Mientras no existan instalaciones adecuadas: centros de observación, casas de medio camino, escuelas de días, instituciones de tratamiento ajenas al ámbito adulto, con todos los servicios, atenciones y mantenimiento que reclama nuestra materia, vanos serán los esfuerzos que se consagren dentro de las leyes que amparan a la juventud y la infancia”⁹⁹³.

⁹⁹² TOCAVEN GARCÍA, Roberto. **Elementos de la criminología infanto-juvenil**. Ed. Porrúa, México, 1991, p. 155.

⁹⁹³ IBIDEM, p. 149.

Por otro lado, la ley estatuye en el artículo 62, que el personal técnico de la Unidad administrativa encargada de la prevención y tratamiento de menores, rendirá informes detallados sobre el desarrollo y avances de las medidas dispuestas; el primer informe se rendirá a los seis meses de iniciada la imposición de las medidas y los subsecuentes, cada tres meses.

Esta evaluación se hará de oficio por los Consejeros Unitarios, con base al dictamen que al efecto emita el Comité Técnico Interdisciplinario.

Al respecto, se tomará en cuenta el desarrollo de la aplicación de las medidas, con fundamento en los informes referidos anteriormente; el Consejero Unitario, con base en el dictamen técnico y en consideración a las medidas aplicadas, podrá liberar al menor de la sanción impuesta, modificarla o mantenerla sin cambio, según las circunstancias que se desprendan de la evaluación.

Según el artículo 119 de la ley en comento, el tratamiento externo no podrá exceder de un año y el tratamiento interno de cinco años; se trata, en este caso, de “una típica fórmula peligrosista al establecer un precepto general de duración máxima de las sanciones, sin que por otra parte exista en la misma Ley regulación alguna que recoja el principio de *nullum poena sine lege*, lo que en la práctica permite que los niños puedan ser internados por un plazo indeterminado, que en todo caso no podrá exceder de cinco años.”⁹⁹⁴.

La conclusión del tratamiento lo señalará la resolución que emita el Consejero Unitario, con base a los informes del dictamen que proporcione el Comité Técnico Interdisciplinario.

Con relación a la duración indeterminada del tratamiento, y a sus características, se ha señalado lo siguiente por la CNDH: “Ni siquiera en el caso de los adultos las leyes penales han logrado establecer una proporcionalidad entre las sanciones y la naturaleza y gravedad del delito cometido; menos aún tratándose de las medidas aplicadas a los niños, lo que se traduce en casos como el que un niño que fue encontrado responsable de homicidio calificado, pase el mismo tiempo en internamiento que otro que cometió el delito de robo con violencia o incluso infracciones menos graves. Ello es consecuencia de que la Ley no garantiza una retribución cierta, justa y proporcional ante las conductas tipificadas como delitos que cometen los niños, ya que la duración del internamiento se hace depender de *la respuesta al tratamiento*, la cual se sustenta en un postulado organicista que considera a los niños y adolescentes, desde que

⁹⁹⁴ **El sistema mexicano de justicia penal para los menores y la doctrina de las Naciones Unidas para la protección integral del niño y la niña.** Publicaciones de la CNDH, México, 1996, p. 39.

son procesados, como enfermos y no como infractores, a pesar de que, en forma nominal, sean considerados como tales.”⁹⁹⁵

Así, “con el objeto de poder superar la yuxtaposición de criterios en la aplicación de sanciones a los niños y adolescentes, se hace necesario establecer un catálogo de conductas sancionables, con tiempos mínimo y máximo de internamiento, que no deberán exceder el límite de cinco años actualmente previsto. Este límite máximo para el internamiento puede considerarse conveniente, dado que serviría para regir los supuestos de concurso real e ideal de delitos.”⁹⁹⁶

La referida ley contempla también en sus artículos 120 y 121, el *seguimiento técnico del tratamiento*, el cual se llevará a cabo por la Unidad administrativa de prevención y tratamiento del menor, una vez que éste concluya, con el objeto de reforzar y consolidar la adaptación social del infractor. El seguimiento técnico del tratamiento tendrá una duración de seis meses, contados a partir de que concluya la aplicación de éste.

Por otro lado, sobre el tratamiento dado a los menores en los centros para ello destinados; es de relevancia mencionar la recomendación de la CNDH Recomendación 006/2005.⁹⁹⁷

⁹⁹⁵ IBIDEM, pp. 21-22.

⁹⁹⁶ IDEM.

⁹⁹⁷ Síntesis: Los días 29 de marzo y 13 de agosto de 2004, así como 8 de febrero de 2005, Visitadores Adjuntos de esta Comisión Nacional acudieron al establecimiento de infractores denominado Centro de Atención Especial para Menores Infractores “Dr. Alfonso Quiroz Cuarón”, en el Distrito Federal. En tales visitas se detectó que los dormitorios se encuentran completamente enrejados y son similares a los reclusorios para adultos y que los internos permanecen encerrados en sus celdas la mayor parte del día; asimismo, que no existen talleres, aulas, comedor ni área adecuada para recibir la visita familiar.

El expediente de queja se radicó de oficio en este Organismo nacional con el número 2004/1184/DF/3/SQ y, del cúmulo de evidencias que lo integran, se acreditó que las autoridades encargadas de la custodia de los jóvenes que se encuentran en el aludido establecimiento transgreden los Derechos Humanos a recibir un trato digno y a un desarrollo integral de los internos, toda vez que se les mantiene en periodos prolongados de encierro y la infraestructura del centro es de celdas con rejas, además de carecer de las instalaciones indispensables para la aplicación del tratamiento que les fue impuesto para alcanzar su adaptación social. En virtud de lo cual no se observó lo establecido en el artículo 4o., párrafos sexto y séptimo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Con base en lo anterior, el 29 de marzo de 2005 esta Comisión Nacional emitió la Recomendación 6/2005, dirigida al Secretario de Seguridad Pública Federal, con objeto de que se instruya a las autoridades del Centro de Atención Especial para Menores Infractores “Dr. Alfonso Quiroz Cuarón” para que se abstengan de mantener en condiciones de encierro prolongado a los internos y se les permita, en lo posible, deambular con mayor libertad bajo la vigilancia permanente del personal de custodia y sin perjuicio de las medidas de seguridad que ayuden a mantener el orden y la disciplina en el interior; que el tratamiento que se proporcione a los infractores en dicho establecimiento sea acorde a lo establecido en la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en Materia Común y para Toda la República en Materia Federal, particularmente en los

Las medidas de orientación, protección y tratamiento aplicables según los nuevos sistemas de justicia para adolescentes de carácter local, creados a la luz de la reforma constitucional de 2005, no difieren en mucho de las previstas en las legislaciones anteriores, poniéndose mayor énfasis en la utilización del internamiento sólo como medida extrema, dando prioridad a las de tratamiento en libertad.

Se analizarán algunos ejemplos:

1. Baja California

Según la Ley de Justicia para Adolescentes del Estado de Baja California, publicada en el Periódico Oficial No. 45, de fecha 27 de octubre de 2006, Tomo CXIII, Sección I; son medidas aplicables por la comisión de conductas tipificadas como delito por las leyes estatales, las de orientación, protección y tratamiento. Las cuales tienen la finalidad de propiciar, en forma óptima y dentro de los ámbitos de la legalidad, la reintegración del adolescente en su entorno social y familiar, así como el pleno desarrollo de su persona y capacidades (Artículo 117).

Dispone el artículo 118, que las medidas que pueden cumplirse en libertad son de aplicación prioritaria, en tanto que las que implican privación de libertad deben aplicarse como último recurso.

Las medidas de orientación y protección tienen como finalidad el encauzar la conducta del adolescente, a fin de evitar la comisión de futuras conductas antisociales, promoviendo la comprensión del sentido que tiene la medida; protegiendo sus derechos, promoviendo su formación, el fomento de vínculos socialmente positivos y el pleno desarrollo de su personalidad (Artículo 120).

Son medidas de orientación y protección, las siguientes (Artículo 121):

artículos 110, 111 y 116; que los menores internos sean tratados de acuerdo con los criterios contenidos en el Informe Especial sobre la Situación de los Derechos Humanos de los Internos en los Centros de Menores de la República Mexicana, emitido por esta Comisión Nacional el 8 de julio de 2003, y que se realicen las gestiones necesarias a efecto de que se ordene la modificación y ampliación de las instalaciones del referido Centro, con la finalidad de que los infractores sean alojados en dormitorios que les garanticen una estancia digna, cuenten con un comedor y áreas especialmente diseñadas para la realización de las actividades laborales y educativas, así como para llevar a cabo la visita familiar y, en general, todas y cada una de las tareas que forman parte del tratamiento integral de estas personas, necesarias para su adaptación social, previstas en la ley de la materia y en el reglamento interno del Centro.

- I.- Apercibimiento;
- II.- Libertad asistida;
- III.- Prestación de servicios a favor de la comunidad;
- IV.- Limitación o prohibición de residencia;
- V.- Prohibición de relacionarse con determinadas personas;
- VI.- Prohibición de asistir a determinados lugares;
- VII.- Prohibición de conducir vehículos motorizados;
- VIII.- Obligación de acudir a determinadas instituciones para recibir formación educativa, técnica, orientación, o asesoramiento;
- IX.- Obligación de obtener un trabajo, y
- X.- Prohibición de ingerir bebidas alcohólicas, drogas enervantes, estupefacientes, psicotrópicos y demás sustancias prohibidas.

Por otro lado, según el artículo 149, se entiende por tratamiento, la aplicación de sistemas o métodos especializados, sobre bases científicas y técnicas, a partir del diagnóstico de personalidad para lograr la reintegración social del adolescente, así como el pleno desarrollo de su personalidad. Complementa el artículo 150, señalando que el tratamiento deberá ser integral, secuencial, interdisciplinario y dirigido al adolescente con el apoyo de su familia, y tendrá por objeto:

- I.- Lograr su autoestima a través del desarrollo de sus potenciales y de autodisciplina necesaria para propiciar en el futuro el equilibrio entre sus condiciones de vida individual, familiar y colectiva;
- II.- Modificar los factores negativos de su personalidad para propiciar un desarrollo armónico, útil y sano;
- III.- Promover y propiciar la estructuración de valores y la formación de hábitos que contribuyan al adecuado desarrollo de su personalidad;
- IV.- Reforzar el reconocimiento y respeto a las normas morales, sociales y legales, y de los valores que éstas tutelan; así como llevarlo al conocimiento de los posibles daños y perjuicios que pueda producirle su inobservancia, y
- V.- Fomentar los sentimientos de unión familiar, social, nacional y humana.

2. Baja California Sur.

Es aplicable la Ley de Justicia para Adolescentes para el Estado de Baja California Sur, Decreto 1630, promulgada el 12 de septiembre de 2006.

En términos del numeral 50, las medidas de orientación, protección y tratamiento serán impuestas por la autoridad judicial, tendrán como finalidad la reintegración social y familiar del adolescente, así como el pleno desarrollo de su persona, con la participación de la familia, de la comunidad y, en su caso, con el

apoyo de los especialistas, atendiendo en todo momento a la protección integral y al interés superior del adolescente.

Según el ARTÍCULO 53, las medidas de orientación y protección consisten en apercibimientos, mandamientos o prohibiciones impuestos por el Juez con el fin de regular el modo de vida de los adolescentes en lo que se refiere a conductas que afectan el interés de la sociedad, protegiendo sus derechos, promoviendo su formación, la comprensión del sentido que tiene la medida, el fomento de vínculos socialmente positivos y el pleno desarrollo de su personalidad y en ningún caso podrán ser inferiores a seis meses, ni exceder de un año.

En segunda instancia, y según el artículo 75, se entiende por tratamiento, la aplicación de sistemas o métodos especializados, con aportación de las diversas ciencias, técnicas y disciplinas pertinentes, a partir del diagnóstico de personalidad para lograr la adaptación social del adolescente.

Son medidas de tratamiento según esta legislación, artículo 77:

- I. Internamiento durante el tiempo libre; y
- II. Internamiento en centros especializados.

3. Campeche.

Está vigente la Ley de Justicia para Adolescentes del Estado de Campeche, expedida por Decreto Num. 337, P.O. 3643, publicado el 12 de septiembre de 2006.

Según el Artículo 119, la finalidad de las medidas de sanción será en todo momento la formación integral, la reintegración familiar y social así como el pleno desarrollo de las capacidades de los adolescentes.

Son medidas de orientación, según el artículo 121:

- I. Amonestación;
- II. Libertad asistida obligatoria a programas de atención integral;
- III. Servicio a favor de la comunidad;
- IV. Reparación del daño;
- V. Asignación a un lugar de residencia determinado;
- VI. Frecuentar o dejar de frecuentar determinados lugares o personas;
- VII. Obligación de matricularse y asistir a un centro de educación formal o a otro cuyo objetivo sea el aprendizaje de una profesión o la capacitación para algún tipo de trabajo;
- VIII. Obligación de adquirir un trabajo;

IX. Obligación de abstenerse de ingerir bebidas alcohólicas, drogas, estupefacientes y demás sustancias prohibidas y, en casos de gravedad, de atenderse médicamente para tratamiento o por medio de un programa de rehabilitación en una institución pública o privada, con la finalidad de lograr su desintoxicación y el abandono de su adicción;

X. Abstenerse de conducir vehículos automotores; y,

XI. Abstenerse de ausentarse del Estado o de una localidad.

Respecto a la privación de la libertad, el artículo 152 estipula que es una medida sancionadora de carácter excepcional, que deberá aplicarse cuando no sea posible aplicar ninguna otra y cuando se trate de adolescentes cuya edad comprende entre los catorce y menos de dieciocho años. La finalidad de estas medidas es limitar la libertad de tránsito del adolescente, de modo que se le faciliten los procesos de reflexión sobre su responsabilidad individual y social en torno a las consecuencias de la conducta cometida.

Las medidas sancionadoras privativas de libertad serán las siguientes (Artículo 153):

I. Privación de libertad domiciliaria;

II. Privación de libertad durante tiempo libre; y,

III. Internamiento definitivo.

4. Chiapas.

Ley que establece el Sistema Integral de Justicia para Adolescentes en el Estado de Chiapas, publicado bajo Decreto #150, en el Periodico Oficial del Estado de fecha 7 de marzo del 2007.

Dispone el artículo 67 que las medidas establecidas en esta ley, deben tener una finalidad primordialmente formativa y se complementarán, en su caso, con la intervención de la familia y el apoyo de los especialistas que el juzgado especializado de primera instancia determine. Las sanciones para adolescentes son las siguientes (artículo 68):

I. Sanciones generales:

a) amonestación y apercibimiento, y

b) prestación de servicios en beneficio de la comunidad

II. Sanciones pecuniarias:

a) reparación del daño a la víctima

III. Sanciones de orientación y supervisión:

a) limitación o prohibición de residencia

b) prohibición de relacionarse con determinadas personas

- c) prohibición de asistir a determinados lugares
- d) abstenerse de ingerir bebidas alcohólicas o sustancias psicotrópicas
- e) prohibición de conducir vehículos motorizados
- f) traslado al lugar donde se encuentre la familia
- g) programa integral de atención al adolescente, a familiares, responsables, tutores o quienes ejerzan la patria potestad.

IV. Sanciones restrictivas y privativas de la libertad:

- a) libertad asistida
- b) privación de la libertad en tiempo libre, y
- c) privación de la libertad en centros especializados para adolescentes.

5. Chihuahua.

Ley de Justicia Especial para Adolescentes Infractores del Estado de Chihuahua, publicada en el Periódico Oficial del Estado del 16 de septiembre de 2006.

De acuerdo con el artículo 88, la finalidad de las medidas sancionadoras es la formación integral, la reinserción social y familiar y el pleno desarrollo de las capacidades de los adolescentes mediante su orientación, protección y tratamiento.

Comprobada la responsabilidad de un adolescente en un hecho típico y tomando en cuenta los principios y finalidades de esta Ley, el Juez aplicará al adolescente en forma simultánea o alternativa, las siguientes medidas sancionadoras, en términos del artículo 89:

- I. Amonestación;
- II. Libertad asistida;
- III. Prestación de servicios a la comunidad;
- IV. Reparación del Daño;
- V. Las órdenes de orientación y supervisión que, como condiciones, señala el artículo 50 de la Ley.
- VI. Medidas sancionadoras privativas de libertad:
 - a) internamiento domiciliario;
 - b) la privación de libertad durante el tiempo libre; y,
 - c) la privación de libertad en centros especializados para adolescentes.

6. Coahuila.

Ley de Justicia para Adolescentes del Estado de Coahuila de Zaragoza, publicada en el Periódico Oficial 1 de septiembre de 2006.

De acuerdo con el artículo 154, las medidas de orientación y de protección tienen como propósito brindar al adolescente que ha cometido conductas tipificadas como delitos en las leyes penales una experiencia de legalidad y que valore los beneficios de la convivencia armónica, del civismo y del respeto a las normas y derechos de los demás, así como evitar su reincidencia en tales conductas en el futuro.

Son medidas de orientación las siguientes (artículo 155):

- I. El apercibimiento;
- II. La terapia ocupacional; y
- III. La obligación de obtener un trabajo.

Son medidas de protección las siguientes (artículo 159):

- I. Libertad condicionada;
- II. Asistir a instituciones especializadas;
- III. Acudir a determinadas instituciones para recibir formación educativa, técnica, orientación o asesoramiento;
- IV. Prohibición de asistir a determinados lugares;
- V. Prohibición de conducir vehículos automotores;
- VI. Prohibición de relacionarse con determinadas personas; y
- VII. Abstenerse de ingerir bebidas alcohólicas y consumir narcóticos.

Por lo que hace al tratamiento, el artículo 168 dispone que se trata de la aplicación de sistemas y métodos especializados para lograr la reintegración y adaptación social del adolescente. Estas medidas consistirán en tratamientos de privación de la libertad diversos que podrán aplicarse de forma domiciliaria, en centros de internación especiales o de manera mixta, con el propósito de que faciliten los procesos de reflexión sobre la responsabilidad individual y social en torno a las consecuencias de las conductas tipificadas como delitos cometidas por adolescentes.

El tratamiento se aplicará de acuerdo a las siguientes modalidades (artículo 169):

- I. En el medio sociofamiliar del adolescente o, de no ser posible por razones de conveniencia o imposibilidad, en la casa de cualquier familiar o en domicilio alternativo, cuando se aplique el tratamiento externo;

II. En los Centros de Internación para adolescentes con la modalidad de internamiento durante el tiempo libre, cuando se apliquen medidas de tratamiento mixto; y

III. En los Centros de Internación para adolescentes, cuando se apliquen las medidas de tratamiento interno.

7. Colima.

Ley que Establece el Sistema Integral de Justicia para Adolescentes del Estado de Colima, promulgada el 22 de agosto de 2006.

Son de interés las medidas de justicia alternativa que se señalan en este ordenamiento; de acuerdo con el artículo 47, cuando el menor admita su responsabilidad, no hubiese cometido delitos dolosos anteriormente y el que resulta del auto de sujeción a proceso no es de los calificados como graves por la ley, el Juez podrá ordenar discrecionalmente, en el mismo auto, la suspensión del proceso a prueba, por el término de uno a tres años, fijando al infractor, como medidas de buena conducta, todas o algunas de las siguientes:

I. Residir en un lugar determinado y no salir de la ciudad sin permiso de la autoridad encargada de su vigilancia, informándole cualquier cambio de domicilio dentro de los quince días de ocurrido, además de utilizar permanentemente los dispositivos electrónicos de localización que se le asignen;

II. Desempeñar en el plazo que el juzgador le imponga, oficio u ocupación lícitos o, en su caso, iniciar o continuar sus estudios o someterse a tratamiento individual o familiar, así como a las medidas de orientación que sean procedentes;

III. Abstenerse de ingerir bebidas embriagantes y del empleo de estupefacientes, psicotrópicos o sustancias similares, salvo por prescripción médica y de ingresar a cantinas, bares, espectáculos o cualquier establecimiento en que se vendan básicamente bebidas embriagantes, durante el período de prueba y, en su caso, conducir vehículos de motor cuando el delito tenga esta causa;

IV. Evitar relacionarse con las personas que lo hubiesen inducido, aprovechado o participado en la realización de delitos o frecuentar a quienes tengan antecedentes penales, siempre que no se trate de parientes por consanguinidad o por adopción. En los casos en que el menor hubiese cometido un delito sexual o violento contra algún miembro de su familia, deberá ser colocado en hogar honorable cuando, a juicio del Juez, sea necesario separarlo de la víctima para evitar nuevos delitos;

V. No incurrir en un nuevo delito, ni causar molestias al ofendido, a los miembros de su familia o a quienes hubieran intervenido en el proceso;

VI. Comparecer cuantas veces sea requerido por la autoridad competente y obedecer sus órdenes;

- VII. Garantizar la reparación del daño; y
- VIII. Recluirse en su domicilio a partir de las diez de la noche o los fines de semana, a menos que por circunstancias especiales sea liberado de esta obligación por la autoridad encargada de su vigilancia.

8. Guanajuato.

Ley de Justicia para Adolescentes del Estado de Guanajuato, publicada por Decreto Número 280 en el Periódico Oficial número 122, tercera parte de 1 de agosto de 2006.

De acuerdo con el artículo 99, las medidas tendrán un contenido sociopsicopedagógico, cuya finalidad primordial será el desarrollo personal, la orientación y la reintegración social y familiar del adolescente, de manera que fomenten en él, la convivencia armónica, el civismo y el respeto a las normas y derechos de los demás.

Al adolescente cuya responsabilidad se hubiere declarado legalmente, se le podrán imponer las siguientes medidas (artículo 101):

- I. Amonestación;
- II. Apercibimiento;
- III. Prestación de servicios a la comunidad;
- IV. Libertad asistida;
- V. Observación de reglas de conducta;
- VI. Tratamiento bajo custodia familiar o en hogares sustitutos; y
- VII. Internamiento.

Para determinar la medida aplicable al adolescente se deberá tener en cuenta (artículo 102):

- I. El daño causado;
- II. La capacidad para cumplir la medida;
- III. Su relación con la víctima;
- IV. Su edad y circunstancias personales, familiares y sociales;
- V. Sus esfuerzos por reparar el daño causado;
- VI. Si es o no la primera vez que realiza una conducta tipificada como delito; y
- VII. Su colaboración eficaz en la investigación y contribución al ágil desarrollo del procedimiento.

9. Jalisco.

Ley de Justicia Integral para Adolescentes del Estado de Jalisco, publicada el 12 de septiembre de 2006, en el Periódico Oficial Sección III.

Dispone el artículo 75 que las medidas de orientación y protección consisten en apercibimientos, mandamientos, prohibiciones o la aplicación de talleres en su caso, con el fin de regular el modo de vida de los adolescentes en lo que se refiere a conductas que afectan el interés de la sociedad, protegiendo sus derechos, promoviendo su formación, la comprensión del sentido que tiene la medida, el fomento de vínculos socialmente positivos y el pleno desarrollo de su personalidad.

Por otro lado, el artículo 102 establece que en el Estado de Jalisco, las medidas de tratamiento se consideran como medidas de internamiento en sus diferentes modalidades. Por internamiento se entiende a los distintos grados de privación del derecho a la libertad de tránsito de adolescentes y adultos jóvenes que hayan cometido alguna conducta que lo amerite en los términos de la Ley. La finalidad de estas medidas es limitar la libertad de tránsito, de modo que se faciliten procesos de reflexión sobre su responsabilidad individual y social en torno a las consecuencias de las conductas cometidas. Durante los periodos de privación de libertad se deben realizar actividades grupales dirigidas por personal técnico capacitado para estos fines. En ninguna circunstancia, las medidas de tratamiento implican la privación de derechos distintos a los que limita la resolución del Juez.

10. Estado de México.

Ley de Justicia para Adolescentes del Estado de México, publicada el 25 de enero de 2007.

Según el Artículo 220, las medidas de tratamiento, son el conjunto de actividades educativas, formativas y terapéuticas que constituyen un programa interdisciplinario, individual y familiar, y tienen por objeto:

- I. Eliminar los factores negativos en la actitud y conducta del adolescente y de su familia;
- II. Promover y afirmar la estructura de valores socialmente aceptados y la formación de hábitos positivos que contribuyan al desarrollo de la personalidad del adolescente; y

III. Proporcionar a los adolescentes y a su familia, los elementos formativos y disciplinarios, habilidades sociales y laborales que los conduzcan a un mejor desenvolvimiento en su vida individual, familiar y social.

III.- CONSIDERACIONES CRÍTICAS PERSONALES

Por lo que hace al catálogo de medidas aplicables al menor, que se contemplan tanto en la legislación española como en la mexicana; vemos favorable en el segundo caso, el mexicano, las reformas constitucionales de diciembre de 2005, que consagran a nivel constitucional el que la medida de internamiento o privación de libertad, ha de aplicarse únicamente como última opción. Por otro lado, respecto a la legislación española, vemos negativa la reforma de diciembre de 2006, donde el legislador, ante la alarma social causada por el fenómeno, prefirió el camino fácil, elevando simplemente la severidad y el rigor de las sanciones aplicables a los infractores. Ya hemos argumentando respecto a que dentro del derecho de menores infractores, al ser el objetivo prioritario lograr la reeducación del menor respetando su interés superior, la medida a imponer no puede de ninguna manera tener un carácter meramente sancionador, retributivo por la conducta cometida, sino ante todo, debe basarse en la creación de opciones de desarrollo personal para el menor.

Insistimos, es nuestra convicción que el derecho de menores infractores de ninguna manera debe funcionar sólo como el medio para determinar el castigo de los niños tachados de delincuentes; por el contrario, más que la pena, este derecho debe pugnar por la rehabilitación; y es en este sentido, sin pecar de ilusos o románticos, que afirmamos que el único camino para ello es brindar al menor todo el amor, el apoyo y la comprensión necesarias. Así las cosas, la medida a imponer al menor resulta la parte esencial no sólo del procedimiento, sino de todo el derecho de menores infractores; solventadas las deficiencias procesales y las actitudes violatorias de garantías, sólo con la disposición final adecuada podrá resocializarse al menor; si a ésta medida se le otorga sólo el carácter de pena, auguramos un fracaso rotundo, pues será el mismo Estado quien estará ratificando al menor en su condición de delincuente; como ha sucedido históricamente.

A pesar de que, insistimos, se considera unánimemente en la actualidad que las medidas aplicables al menor infractor, en forma alguna pueden valorarse como “penas”, la ley disfraza con otra terminología acciones que muchas veces adquieren ese carácter; y que en la práctica, suelen limitarse exclusivamente al internamiento; respecto al cual, de manera general, puede criticarse no sólo su esencia como acto privativo de la libertad, sino peor aún, su duración indeterminada en muchos casos, sobre la cual, sólo se señala que no podrá pasar

de cinco años, quedando a discreción de las autoridades establecer su duración exacta.

El asunto toral es que la medida tenga un carácter educativo, y no penal. Siguiendo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, han de tender al pleno desarrollo de la personalidad humana y a un refuerzo del respeto por los derechos del hombre y por las libertades fundamentales. En ese sentido, se ha de favorecer un tratamiento educativo que busque crear en el menor el sentido de responsabilidad de sus actos ante sí y ante la comunidad; que no contravenga su propio proceso de desarrollo; y sobre todo, que le permita crear a futuro nuevos hábitos, aprendizajes y relaciones, que le permitan su reintegración plena al conjunto social, una vez finalizada la medida.

CAPÍTULO IX

LAS GARANTÍAS PROCEDIMENTALES

I.- PLANTEAMIENTO

Los profesionales que trabajan en materia de menores infractores, señalan la importancia de pugnar por la rehabilitación social del menor, pero respetando los derechos que le corresponden; es ésta la actual preocupación de juristas y legisladores, por un lado, y de psicólogos y pedagogos por el otro: elaborar un modelo de atención adecuado, que permita la re-educación social del infante o adolescente, creando en él las aptitudes e inculcando los valores que le mantengan alejado de acciones ilícitas; sin incurrir en abusos o excesos sobre su persona, respetando irrestrictamente los derechos que la ley le reconoce, y los que a futuro puedan incluirse en la misma.

Como ya se ha mencionado en numerosas ocasiones a lo largo de este trabajo, la Convención sobre Derechos del Niño es el tratado internacional en materia de derechos humanos que mayor aceptación ha tenido, al ser ratificado por la mayoría de los miembros de la comunidad internacional. En este documento, se plasman los postulados en los cuales debe basarse toda legislación de la materia que se precie de estar acorde con los nuevos tiempos; principios entre los que se incluyen la necesidad de atender el interés superior del niño, el que el niño no sea separado de sus padres (salvo cuando sea por su interés superior), y el que sea escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que le perturbe.

La Convención representa el cambio del modelo jurisdiccional tutelar a otro punitivo-garantista, dentro del cual se reconocen plenamente los derechos y las garantías de los niños, considerándolos responsables de sus actos delictivos, ampliando la gama de sanciones basada en principios educativos y reduciendo la aplicación de penas privativas de libertad.

Este Tratado consolida la preponderancia normativa de la doctrina de la protección integral, la cual, insistimos, reconoce al niño su condición de sujeto de derechos, otorgándole la posibilidad de construir su propio destino, en contraposición a las concepciones que consideran al niño como un “incapaz”, negándole sus derechos como ser humano y como niño.

Es interesante dar un breve panorama sobre el estado de los llamados “derechos humanos del niño” en el continente americano; reconociendo las carencias que en el tema persisten, y que exigen inmediata atención. Si bien, España no incide en la esfera de competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; los criterios que ésta establece, por su importancia, y por derivar en buena medida de la Convención de los Derechos del Niño y de otros instrumentos no regionales, resultan aplicables a toda consideración relativa a los derechos humanos de niños y jóvenes.

II.- DERECHOS DE LOS NIÑOS Y LOS JÓVENES

Un documento de especial importancia en este renglón es *La Opinión Consultiva 17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, relativa a la «Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño»*, de fecha 28 de agosto de 2002; un notable análisis de dicho documento, lo ha hecho Ana SALADO OSUNA, en quien nos apoyaremos para formular planteamientos, según el siguiente esquema:

1. La situación de los derechos del niño en el Continente americano.
2. La competencia consultiva de la Corte
3. Los criterios hermenéuticos de la Corte
4. Los principios aplicables al niño
 - 4.1. Igualdad
 - 4.2. Interés superior del niño
5. Los deberes de la familia, de la sociedad y del Estado
6. Procedimientos judiciales y administrativos en los que participan niños
 - 6.1. Las garantías judiciales
 - 6.2. Proceso administrativo
 - 6.3. Procesos judiciales
 - 6.4. Debido proceso⁹⁹⁸

A. La situación de los niños en el continente americano

La *Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, órgano principal de la OEA, con competencias en materia de derechos humanos en relación con todos los Estados Miembros de la Organización, ha señalado que en “distintas legislaciones y prácticas de los países americanos, la vigencia de los derechos y las garantías reconocidos en (...) la Convención Americana no es plena respecto a

⁹⁹⁸ Cfr. SALADO OSUNA, Ana. “Algunas reflexiones sobre la Opinión Consultiva 17 (28 de agosto de 2002) de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, relativa a la “Condición jurídica y derechos humanos del niño”.” En **Anuario de Justicia de Menores**, Ed. Astigi, España, No. II 2002, pp. 77-118.

los niños como sujetos de derechos y actores en (la) jurisdicción penal, civil y administrativa, por asumirse que la obligación de protección por el Estado, para suplir la falta de plenitud de juicio de los menores, puede hacer pasar a segundo plano dichas garantías”⁹⁹⁹.

Ello, a pesar de que la *Convención sobre Derechos del Niño* (adoptada el 20 de noviembre de 1989, entró en vigor el 5 de enero de 1991), por la cual se han vinculado la mayoría de los Estados americanos, establece en su artículo 413 la obligación que los Estados tienen de armonizar su legislación y su práctica jurídica interna a los principios de dicho tratado. De igual manera, la mayoría de los Estados americanos han suscrito la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (22 de noviembre de 1969, entró en vigor el 18 de julio de 1978), la cual brinda una protección especial al niño en su Artículo 19: “Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiera por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”; y exige, en relación con todo ser humano, que le sean respetadas unas garantías judiciales mínimas, enumeradas principalmente en sus artículos 8 y 25¹⁰⁰⁰.

⁹⁹⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OCC-17/2002 de 28 de agosto de 2002), relativa a la “Condición jurídica y derechos humanos del niño”, Serie A, No. 17, pár. 2. Citada en SALADO OSUNA, Ana. op. cit., p. 80.

¹⁰⁰⁰ Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Artículo 8:

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho en plena igualdad, a las garantías mínimas:

- a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o del tribunal;
- b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;
- c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
- d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
- e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por él mismo o no nombrase defensor dentro del plazo establecido por la ley;
- f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y a obtener la presencia de testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;
- g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni declararse culpable; y
- h) derecho a recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculcado absuelto por sentencia firme no podrá ser sometido a un nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

La situación se torna preocupante, dado que algunos Estados americanos, a pesar de estar vinculados por la *Convención sobre Derechos del Niño* y la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* a armonizar su legislación y su práctica interna a los compromisos internacionales asumidos, siguen utilizando instrumentos por los cuales “los derechos de los menores de edad a las garantías judiciales y a la protección judicial pueden ser menoscabados o restringidos”. Dentro de la política en la materia de muchos países, aún se considera que los niños son “incapaces de juicio pleno sobre sus actos y, por consiguiente, su participación por sí o a través de sus representantes se reduce o anula tanto en lo civil como en lo penal”. Las condiciones del entorno familiar del niño como situación económica y de integración familiar, falta de recursos materiales, carencias educativas y culturales, que “pasan a ser factores centrales de decisión respecto al tratamiento, cuando un niño o adolescente es puesto bajo la jurisdicción penal o administrativa, para decidir su situación en relación con una presunta infracción, o para la determinación de medidas que afectan derechos como el derecho a la familia, a la residencia o a la libertad”. Lo anterior, al pretender utilizar la condición de abandono del menor, deserción educativa, falta de recursos de su familia, etc., “para justificar la aplicación de medidas normalmente reservadas como sanción para figuras delictivas aplicables solo bajo debido proceso”¹⁰⁰¹.

El debilitamiento o el desconocimiento de la efectividad de las garantías judiciales tienen incidencias negativas en la vigencia de otros derechos: entre otros, en los derechos relativos a la integridad personal, a la libertad, a la protección de la honra y la dignidad, a la protección de la familia, etc.

Al respecto, es sumamente ilustrativa la *Opinión Consultiva* a que hemos venido haciendo referencia, en lo referente a las medidas especiales que algunos Estados americanos adoptan en relación con los niños.¹⁰⁰²

Artículo 25:

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que le ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados Partes se comprometen:

- a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
- b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial; y
- c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

¹⁰⁰¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OCC-17/2002 de 28 de agosto de 2002), relativa a la “Condición jurídica y derechos humanos del niño”, Serie A, No. 17, párr. 2. Citada en SALADO OSUNA, Ana, op.cit., p. 80.

¹⁰⁰² Las medidas especiales a las que hace referencia la Comisión son las siguientes:

B. La competencia consultiva de la Corte

Considerando la relevancia del asunto que estudiamos, fue solicitada la Opinión Consultiva de la Corte. La Corte decidió admitir la consulta y pronunciarse sobre los derechos de los niños bajo la jurisdicción de los Estados Partes en la Convención Americana, considerando por supuesto, que la citada Convención es un tratado de derechos humanos de carácter general aplicables a todo ser humano, de tal suerte que fue necesario que la Corte tuviera presente como criterio interpretativo, otros tratados sobre derechos humanos adoptados en Naciones Unidas, aplicables exclusivamente a los niños.

Para precisar el alcance de esta especial competencia consultiva, la Corte recurrió a jurisprudencia anterior en la que había precisado que en materia interpretativa, resulta esencial, entre los criterios establecidos por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, el “principio de buena fe”, el cual contribuye a determinar la concordancia de una norma con el objeto y el fin del tratado (artículo 26 de la Convención de Viena); que la interpretación de una norma internacional debe atender “a la evolución de los tiempos y a las condiciones de vida actuales”, y que era competente para “abordar la interpretación de un tratado siempre que esté directamente implicada la protección de los derechos humanos en un Estado Miembro del sistema interamericano”, aunque dicho instrumento no provenga del mismo sistema de protección.¹⁰⁰³

a) separación de jóvenes de sus padres y/o familia por considerarse, al arbitrio del órgano decisor y sin debido proceso legal, que sus familias no poseen condiciones para su educación y mantenimiento;

b) la supresión de la libertad a través de la internación de menores en establecimientos de guarda o custodia, por considerarse abandonados o proclives a caer en situación de riesgo o ilegalidad; causales que no configuran figuras delictivas sino condiciones personales o circunstanciales del menor;

c) la aceptación en sede penal de confesiones de menores obtenidas sin las debidas garantías;

d) la tramitación de juicios o procedimientos administrativos en los que se determinan derechos fundamentales del menor, sin la garantía de defensa del menor; y

e) la determinación en procedimientos administrativos y judiciales de derechos y libertades sin la garantía al derecho a ser oído personalmente y la no consideración de la opinión y preferencias del menor en esa determinación”

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OCC-17/2002 de 28 de agosto de 2002), relativa a la “Condición jurídica y derechos humanos del niño”, Serie A, No. 17, párr. 18. Citado en IDEM.

¹⁰⁰³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-1/82 de 24 de septiembre de 1982, relativas a “Otros Tratados, objeto de la función consultiva de la Corte”, Serie A, No. 1, párr. 13. y Opinión Consultiva OCC-16/99 de 1 de octubre de 1999, sobre “El Derecho a la información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal”, Serie A, No. 16, párr. 31. Citadas en SALADO OSUNA, Ana, op.cit., pp. 83 y ss.

Con base en lo anterior, la Corte se declaró competente para poder interpretar un tratado de derechos humanos adoptado fuera de la Organización de los Estados Americanos, siempre y cuando dicho tratado fuese vinculante para algún Estado Miembro de dicha Organización. Fundamentó su decisión en el artículo 64 de la Convención Americana, que le atribuye competencias para interpretar la Convención Americana, así como “otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos”.

De ahí, que afirmara que “no existe ninguna razón para excluir, previa y abstractamente, que pueda solicitarse de la Corte, y ésta emitir una consulta sobre un tratado aplicable a un Estado Americano en materia concerniente a la protección de los derechos humanos, por el sólo hecho de que sean también Partes de dicho tratado, Estados que no pertenecen al sistema interamericano, o de que no haya sido adoptado dentro del marco o bajo los auspicios de éste”.¹⁰⁰⁴

C. Los criterios hermenéuticos utilizados por la Corte

Habiéndose declarado competente la Corte para rendir la Opinión Consultiva solicitada por la Comisión, afirmó su competencia para utilizar como criterio hermenéutico otros tratados de derechos humanos adoptados fuera del Sistema Interamericano de Protección. En primer lugar, la Convención sobre Derechos del Niño.

Además de utilizar el artículo 1 de la Convención sobre Derechos del Niño, procede a integrar la definición de “niño” en el ámbito de este último tratado internacional, como todo aquel “menor de 18 años de edad”.

La Corte, además de utilizar la Convención sobre Derechos del Niño como criterio hermenéutico para interpretar el artículo 19 de la Convención Americana, decidió que todo el corpus iuris que protege los derechos del niño puede ser utilizado como criterio interpretativo. En definitiva, afirmó que cualquier instrumento internacional específico sobre derechos del niño, o bien de carácter general pero que tenga incidencia sobre los niños, podrá ser utilizado a los efectos de interpretación, con independencia de que se trate de un tratado internacional o bien de cualquier otro instrumento internacional sin valor jurídico vinculante per se.

Reafirmó a su vez la Corte que los niños “integran un grupo que ha merecido el mayor interés de la comunidad internacional”, e hizo referencia a los distintos instrumentos internacionales adoptados en Naciones Unidas aplicables a los niños, a los cuales ya hemos hecho referencia en este trabajo; entre ellos: la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, las Reglas Beijing de 1985 (Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de los

¹⁰⁰⁴ IDEM.

Menores), las Reglas de Tokio de 1990 (Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No Privativas de Libertad) y las Directrices Riad de 1990 (Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil); así como el Convenio 138 de la Organización internacional del Trabajo y el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención sobre Derechos del Niño.¹⁰⁰⁵

También se hace referencia a instrumentos adoptados en el Sistema Interamericano: entre ellos, a los principios contenidos en el artículo VIII de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, de 1948, y a los artículos 13, 15 y 16 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador, de 1988).

Si la Corte hace mención de los distintos instrumentos internacionales, es con la intención de poner de manifiesto que el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe ser interpretado a la luz de las circunstancias actuales.¹⁰⁰⁶

D. Los principios aplicables al niño

Los principios de “igualdad” e “interés superior del niño” son considerados por la Corte Interamericana como principios básicos que deben inspirar la legislación y la práctica de los Estados americanos en relación a los niños.

1. Igualdad

En su artículo 1, la Convención Americana sobre Derechos Humanos obliga a los Estados Partes a respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades que ella reconoce, sin discriminación de ningún tipo; por ende, “todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto de los derechos consagrados en la Convención es, per se, incompatible con ésta”¹⁰⁰⁷.

De igual suerte, en el artículo 24 se reconoce el derecho a la “igualdad ante la ley”; por ello, la Corte, sostuvo en 1984 que la prohibición general de la discriminación “se extiende al Derecho interno de los Estados Partes, de tal

¹⁰⁰⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OCC-17/2002 de 28 de agosto de 2002), relativa a la “Condición jurídica y derechos humanos del niño”, Serie A, No. 17, pár. 25, 26 y 27. Citada en SALADO OSUNA, Ana. op. cit., p. 85 y ss.

¹⁰⁰⁶ “Debe darse una interpretación dinámica a este precepto, que responda a las nuevas circunstancias sobre las que debe proyectarse, y atienda a las necesidades del niño como verdadero sujeto de derecho, y no solo como objeto de protección” IDEM, Serie A, No. 17, pár. 28.

¹⁰⁰⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-4 de 1 de enero de 1984. Serie A, no.4, par. 53. Citada en SALADO OSUNA, Ana. op. cit., pp. 88 y ss.

manera que es posible concluir que, con base a esas disposiciones, estos se han comprometido, en virtud de la Convención, a no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias referentes a la protección de la ley”¹⁰⁰⁸.

A lo anterior, se añade que “la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegios; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad”; concluyendo que no es permisible “crear diferencias de tratamientos entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza”¹⁰⁰⁹.

Por supuesto, la Corte admite que el principio de igualdad admite excepciones: entre ellas, “cuando se adopta una ley interna para tender a la igualdad respecto de personas que se encuentran en situaciones especiales. De ahí que haya precisado que existen ciertas desigualdades de hecho que pueden traducirse, legítimamente, en desigualdades de tratamiento jurídico, sin que ello contraría a la justicia”.

Al respecto, considera que tales distinciones “pueden ser un instrumento para la protección de quienes deban ser protegidos, considerando la situación de mayor o menor debilidad o desvalimiento en que se encuentran”; no habrá discriminación “si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas”.

En síntesis, no toda distinción que realice un Estado hacia el individuo produce discriminación, “siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales pueden apartarse de la justicia o de la razón: vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la persona humana”¹⁰¹⁰.

Con relación a la cuestión de los menores, la mencionada Convención sobre Derechos del Niño prohíbe de forma absoluta en su artículo 2º la discriminación en relación con los niños; aunque según el principio analizado, permite e incluso exige a los Estados que adopten “todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por

¹⁰⁰⁸ IBIDEM, Serie A, no.4, par. 54.

¹⁰⁰⁹ IBIDEM, Serie A, no.4, par. 55.

¹⁰¹⁰ IDEM.

causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales” (artículo 2.2). Así las cosas, la Convención sobre Derechos del Niño reconoce el trato diferenciado a favor de los niños cuando necesidades imperiosas lo requieran.

En complemento a lo anterior, se hace estudio del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, documento que en su artículo 24.1 reconoce el derecho de todo niño, sin discriminación alguna (raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento), “a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado”. En este respecto, el Comité de Derechos Humanos, órgano internacional de control instituido por el artículo 28 del mismo Pacto internacional, ha sostenido que la aplicación de dicho postulado “entraña la adopción de medidas especiales de protección de los niños”.

Sobre la base de estas disposiciones, la Corte Interamericana concluye afirmando que, en razón de las condiciones en las que se encuentran los niños, “el trato diferente que se otorga a los mayores y a los menores de edad no es per se discriminatorio, en el sentido proscrito por la Convención (Americana sobre Derechos Humanos)”; sino al contrario, se recalca la necesidad de que, a fin de que el niño pueda ejercer todos y cada uno de los derechos que tiene reconocido - como ser humano y como niño- se hace necesario adoptar medidas especiales de protección en su beneficio.

2. Interés superior del niño

El interés superior del niño es uno de los principios fundamentales sobre Derechos del Niño; aparece, en el plano internacional, por primera vez, en la Declaración de Derechos del Niño de 1959 (principio 2).

La Convención sobre Derechos del Niño, dispone en su artículo 3 que: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas, privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. Dicho principio se reitera en otros artículos, en relación con los siguientes aspectos:

- a. Separación del niño de sus padres (artículo 9).
- b. Niños privados temporal o permanentemente de su medio familiar (artículo 20).
- c. Adopción de Niños (artículo 21).
- d. Prohibición de la tortura, de la pena de muerte y de la prisión perpetua (artículo 37).
- e. Garantías judiciales en procedimientos penales (artículo 40).

El interés superior del niño es el criterio determinante, a él “han de cernirse las acciones del Estado y de la sociedad en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción y preservación de sus derechos”; a juicio de la Corte, se hace necesario ponderar “no sólo el requerimiento de medidas especiales, sino también las características particulares de la situación en la que se halla el niño”.

E. Los deberes de la Familia, de la Sociedad y del Estado

El artículo 16 del Protocolo de San Salvador establece que “Todo niño, sea cual fuere su filiación, tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. Todo niño tiene derecho a crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres; salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre. Todo niño tiene derecho a la educación gratuita y obligatoria, al menos en su fase elemental, y a continuar su formación en niveles más elevados del sistema educativo”.

Relacionando lo anterior, así como lo señalado en el artículo 3º de la Convención sobre Derechos del Niño, la Corte sostuvo que, en “aras de la tutela efectiva del niño, toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho, debe tomar en cuenta el interés superior del niño y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia”. Es decir, si bien en principio “la familia debe proporcionar la mejor protección de los niños contra el abuso, el descuido y la explotación”, también debe proporcionar la mejor protección para que éstos desarrollen plenamente todas sus potencialidades; la función familiar no debe limitarse a evitar que el niño sea privado del ejercicio de sus derechos, sino a que los ejerza plenamente.¹⁰¹¹

La Corte define a la familia como “núcleo central de protección”, según preceptúan de forma expresa los artículos 16.3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 23.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”; así como el artículo 17.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que establece: “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado”.

De ahí que la Corte afirme con rotundidad que el niño “tiene derecho a vivir con su familia, llamada a satisfacer sus necesidades naturales, afectivas y

¹⁰¹¹ SALADO OSUNA, Ana, op.cit., pp. 90 y ss.

psicológicas”; dentro de ello, el no ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su familia y, consecuentemente, a ser protegido contra tales injerencias.¹⁰¹²

Como ha precisado la Corte¹⁰¹³, es el niño quien tiene derecho a vivir con su familia, no la familia la que tiene el derecho a que los niños vivan con ella en función de sus intereses; de tal suerte que será siempre el interés superior del niño el que determinara la conveniencia o no de vivir en su núcleo familiar.

En todo caso, el niño tiene y tendrá derecho a medidas especiales de protección, con independencia de que él mismo viva o no con su familia. Entre tales medidas, sostiene la Corte, las destinadas a la educación y el cuidado de la salud “constituyen los pilares fundamentales para garantizar el disfrute de una vida digna por parte de los niños que, en virtud de su inmadurez y vulnerabilidad, se hallan a menudo desprovistos de los medios adecuados para la defensa eficaz de sus derechos”¹⁰¹⁴.

Baste agregar, que la Corte confirma que la Convención Americana sobre Derechos Humanos tiene eficacia no sólo vertical (Estado-individuo), sino también horizontal (individuo-individuo), una eficacia que puede generar la responsabilidad internacional del Estado, en el supuesto de que éste mantenga una actitud pasiva en lo que a las medidas de protección de los niños respecta y que, como consecuencia de ello, los niños sean privados de sus derechos o del ejercicio de los mismos. De igual manera, los Estados también incurrirán en responsabilidad internacional cuando la violación de derechos sea obra de las autoridades estatales o de personas que actúen con prerrogativas de poder público.

F. Procedimientos judiciales y administrativos en los que participan niños

1. Las garantías judiciales

De conformidad con el Sistema de Protección internacional de Derechos Humanos, las garantías judiciales son de observancia obligatoria en todo proceso en que la libertad personal de un individuo está en juego.

En 1987, la Corte sostuvo que tanto el corpus iuris de derechos y libertades como las garantías de éstos son conceptos inseparables del sistema de valores y principios característico de la sociedad democrática. En ésta, “los derechos y

¹⁰¹² IDEM.

¹⁰¹³ “el niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquél para optar por separarlo de su familia. En todo caso, la separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal”. IDEM.

¹⁰¹⁴ IDEM.

libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros”. Con respecto a los menores, la Corte reitera que entre “estos valores fundamentales figura la salvaguarda de los niños, tanto por su condición de seres humanos y la dignidad inherente a éstos, como por la situación especial en que se encuentran. En razón de su inmadurez y vulnerabilidad, los niños requieren protección que garantice el ejercicio de sus derechos dentro de la familia, de la sociedad y con respecto al Estado”.

Estas consideraciones las proyecta sobre la regulación de los procedimientos, judiciales y administrativos, “en los que se resuelve acerca de los niños y, en su caso, de las personas bajo cuya potestad o tutela se hallan”; aludiendo en especial a las garantías contenidas en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que se reconocen por igual respecto de toda persona.

Los niños, en tanto que personas, tienen las mismas garantías, las cuales “deben correlacionarse con los derechos específicos que estatuye, además, el artículo 19, en forma que se reflejen en cualquier proceso administrativo o judicial en los que se discuta algún derecho de un niño”; en virtud de que las condiciones en las que participa un niño en un proceso no son las mismas que lo hacen los adultos; por ello, si se afirmara otra cosa, “se desconocería la realidad y se omitiría la adopción de medidas especiales para la protección de los niños, con grave perjuicio para estos mismos”¹⁰¹⁵.

La Corte afirma que tienen que adoptarse medidas de protección específica a favor de los niños que participan en un proceso, y esto queda confirmado al sostener, según jurisprudencia anterior, que “el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la Justicia. Es así como se entiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y la correlativa prohibición de discriminación. Las condiciones de desigualdad real obligan a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la Justicia y se benefician de un debido proceso legal en las condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas”.

Aplicando a los niños los anteriores presupuestos generales, se asevera que “si bien los derechos procesales y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños el ejercicio de aquellos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran los menores, la adopción de

¹⁰¹⁵ IDEM.

ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías”¹⁰¹⁶.

La Convención sobre Derechos del Niño, en su artículo 12, se refiere a los derechos del niño que participan en un proceso¹⁰¹⁷. Sobre la base de lo dispuesto en este artículo, así como en la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos que afirma que “los menores deben disfrutar, por lo menos, de las mismas garantías y protección que se le concede a los adultos”, estipuladas en el artículo 14 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos; la Corte Interamericana concluye diciendo que el “aplicador del Derecho, sea en el ámbito administrativo, sea en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de su derecho. En esta ponderación, se procurará un mayor acceso del menor, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso”; tendiendo en cuenta, como resulta lógico, la gran variedad en el grado de desarrollo físico e intelectual, en la experiencia y en la información que poseen quienes se hallan comprendidos en el concepto de niño; pues “la capacidad de un niño de 3 años no es igual a la de un adolescente de 16 años”, por ello, debe “matizarse razonablemente el alcance de la participación del niño en los procedimientos, con el fin de lograr la protección efectiva de su interés superior, objetivo último de la normativa del Derecho internacional de los Derechos Humanos en este dominio”¹⁰¹⁸.

2. Proceso administrativo

Por lo que hace a los procesos administrativos, la Corte señala que las medidas de protección que se adopten en sede administrativa deben ajustarse estrictamente a la ley y “apuntar a que el niño continúe vinculado con su núcleo familiar, si esto es posible y razonable”. Si resultase necesaria una separación, que ésta dure el menor tiempo posible.

Con respecto a las personas que intervienen en los procesos decisorios, se establece que deben tener “la competencia personal y profesional necesaria para identificar las medidas aconsejables en función del niño”; debiendo seguir a su vez las medidas adoptadas “el objetivo de reeducar y resocializar al menor, cuando ello sea pertinente, y que sólo excepcionalmente se haga uso de medidas

¹⁰¹⁶ IDEM.

¹⁰¹⁷ Artículo 12.

1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y su madurez.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño la oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

¹⁰¹⁸ IDEM.

privativas de libertad”. Esto, con el fin de favorecer un “desarrollo adecuado del debido proceso”, reduciendo y limitando adecuadamente “la discrecionalidad de éste, conforme a criterios de pertinencia y racionalidad”¹⁰¹⁹.

3. Procesos judiciales

Pertinente es hacer mención, en materia penal en relación con los niños, de la imputabilidad o no de los mismos. La Convención sobre Derechos del Niño no se pronuncia sobre esta cuestión, limitándose a exigir a los Estados Partes el “establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular: el establecimiento de una edad mínima, antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales” (artículo 40.3).

Las Reglas de Beijing, en relación con la imputabilidad penal, establecen que “no deberá fijarse a una edad demasiado temprana, habida cuenta de las circunstancias que acompañan a la madurez emocional, mental e intelectual del niño” (regla 4). Y en el mismo contexto, las Directrices de Riad establecen que “deberá promulgarse una legislación por la cual se garantice que todo acto que no se considera un delito, ni es sancionado cuando lo comete un adulto, tampoco deberá considerarse un delito ni ser objeto de sanción cuando es cometido por un joven” (directriz 56).

Al no resolverse este problema de la imputabilidad por razón de la edad de los niños en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Corte Interamericana sólo puede limitarse a precisar la necesidad de que se establezcan órganos judiciales especializados “para el conocimiento de conductas penalmente típicas” atribuibles a los niños “distintos a los correspondientes a los mayores de edad”. Una exigencia prevista normativamente en la Convención sobre Derechos del Niño (artículo 40.3) y en el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14).

De mayor relevancia es analizar el trato “cuasipenal” que, en ocasiones, recibe un niño que se encuentra en situación de riesgo, sin que el mismo haya incurrido en una conducta penalmente típica. Respecto de esta consulta, la Corte responde con precisión, diciendo que es “inadmisibles que se incluya en esta hipótesis la situación de los menores que no han incurrido en conducta penalmente típica, pero se encuentran en situación de riesgo o peligro, por desvalimiento, abandono, miseria o enfermedad, y menos aun la de aquellos otros que simplemente observan un comportamiento diferente del que caracteriza a la mayoría, se apartan de los patrones de conducta generalmente aceptados, presentan conflictos de adaptación al medio familiar, escolar o social, en general,

¹⁰¹⁹ IDEM.

o se marginan de los usos y valores de la sociedad de la que forman parte”. Concluye diciendo que el concepto de delincuencia infantil o juvenil solo puede aplicarse “a los que incurrir en conductas típicas, no así a quienes se encuentran en los otros supuestos”¹⁰²⁰.

Otro de los temas torales abordados por la Corte es el de los niños, expuestos a graves riesgos o daños, que no pueden valerse por sí mismos. Respecto de tales niños, aclara que “no quedan inmediatamente privados de derechos y sustraídos a la relación con sus padres o tutores y a la autoridad de éstos. No pasan al “dominio” de la autoridad, de manera tal que esta asuma, fuera de procedimiento legal y sin garantías que preserven los derechos e intereses del menor, la responsabilidad del caso y la autoridad plena sobre aquel. En toda circunstancia se mantienen a salvo los derechos materiales y procesales del niño”.¹⁰²¹

4. Debido proceso

De acuerdo con la Opinión Consultiva de la Corte 16 de 1999, “el proceso es un medio para asegurar, en la medida de lo posible, la solución justa de una controversia. A ese fin atiende el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal. El desarrollo histórico del proceso, consecuente con la protección del individuo y la realización de la justicia, ha traído consigo la incorporación de nuevos derechos procesales. Son ejemplo de este carácter evolutivo del proceso los derechos a no autoincriminarse y a declarar en presencia de abogado, que hoy día figuran en la legislación y en la jurisprudencia de los sistemas jurídicos más avanzados. Es así como se ha establecido, en forma progresiva, el apartado de las garantías judiciales que recoge el artículo 14 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, al que pueden y deben agregarse, bajo el mismo concepto, otras garantías aportadas por diversos instrumentos de Derecho internacional”.

El artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece ciertos derechos que igualmente han de respetarse en el caso del menor.¹⁰²² En ese sentido, la Corte Interamericana ha sostenido en su

¹⁰²⁰ IDEM.

¹⁰²¹ Cualquier situación que afecte a un niño “debe hallarse perfectamente motivada conforme a la ley, ser razonable y pertinente en el fondo y en la forma, atender al interés superior del niño y sujetarse a procedimientos y garantías que permitan verificar en todo momento su idoneidad y legitimidad”. La presencia de circunstancias graves “tampoco excluye inmediatamente la autoridad de los padres ni los releva de las responsabilidades primordiales que naturalmente les corresponden y que sólo pueden verse modificadas o suspendidas, en su caso, como resultado de un procedimiento en el que se observen las reglas aplicables a la afectación de un derecho”. IDEM.

¹⁰²² Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Artículo 14.

jurisprudencia, tanto consultiva como contenciosa, que las reglas del debido proceso y las garantías judiciales “deben aplicarse no solo a los procesos judiciales, sino a cualquier otro proceso que siga el Estado”.

En relación con los niños, los Estados Partes en la Convención sobre Derechos del Niño, de conformidad con los artículos 37 y 40¹⁰²³, se han

1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.

2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.

3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella;

b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;

c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas;

d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;

e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que estos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo;

f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal;

g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.

4. En el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social.

5. Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley.

6. Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido.

7. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país.

¹⁰²³ Convención sobre Derechos del Niño

Artículo 37.

Los Estados Partes velarán por que:

a) Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad.

b) Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan solo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda;

c) Todo niño privado de libertad será tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales;

d) Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción.

Artículo 40.

Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tenga en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad.

Con este fin y habida cuenta de las disposiciones pertinentes en los instrumentos internacionales, los Estados Partes garantizarán, en particular:

a) Que no se alegue que ningún niño ha infringido las leyes penales, ni se acuse o declare culpable a ningún niño de haber infringido esas leyes, por actos u omisiones que no estaban prohibidos por las leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron;

b) Que a todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se les garantice, por lo menos, lo siguiente:

i) Que se le presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a ley;

ii) Que será informado sin demora y directamente o, cuando sea precedente, por intermedio de sus padres o sus representantes legales, de los cargos que pesan contra el y que dispondrá de asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa;

iii) Que la causa sea dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado y, a menos que se considerase que ello fuere contrario al interés superior del niño, teniendo en cuenta en particular su edad o situación y a sus padres o representantes legales;

iv) Que no será obligado a prestar testimonio o a declararse culpable, que podrá interrogar o que se interroge a testigos de cargo y obtener la participación y el interrogatorio de testigos de descargo en condiciones de igualdad;

v) Si se considera que ha infringido, en efecto, las leyes penales, que ésta decisión y toda medida impuesta a consecuencia de ella, serán sometidas a una autoridad u órgano judicial superior, competente, independiente e imparcial, conforme a la ley;

vi) Que el niño contará con la asistencia gratuita de un intérprete si no comprende o no habla el idioma utilizado;

vii) Que se respetará plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento.

Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes, y en particular:

comprometido a adoptar medidas específicas con el fin de que a los niños se les respeten las reglas del debido proceso legal y la protección judicial. Sobre la base de lo dispuesto en dichos artículos, la Corte Interamericana destaca el derecho al juez natural, el derecho a la doble instancia y al recurso efectivo, el derecho a la presunción de inocencia, y por último se refiere a los principios de contradicción y publicidad. Por lo que hace al juez natural, la Corte cita su jurisprudencia anterior en la que había sostenido que la garantía de los derechos “implica la existencia de medios legales idóneos para la definición y protección de aquellos, con intervención de un órgano judicial competente, independiente e imparcial, cuya actuación se ajuste escrupulosamente a la ley, en la que se fijará, conforme a criterios de oportunidad, legitimidad y racionalidad, el ámbito de los poderes regulados de las potestades discrecionales”. Las Reglas de Beijing regulan las atribuciones de los jueces para la determinación de los derechos de los niños, haciendo especial hincapié en la idoneidad profesional y en la capacitación de los expertos como un medio valioso para asegurar el ejercicio prudente de las facultades discrecionales en materia de delincuencia de niños (Regla 6).

En relación con la doble instancia, la Corte señala que tal exigencia viene establecida, con carácter general, respecto de toda persona incurso en un procedimiento judicial, en el artículo 8.2.h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y que, tratándose de niños, ello está expresamente regulado en el artículo 40.b. inciso v) de la Convención sobre Derechos del Niño y en las Reglas Beijing (Regla 7.1).

Con relación al recurso efectivo, la Corte precisa que en el recurso rápido y sencillo al que se refiere el artículo 25 de la Convención Americana quedan incluidos el “amparo” y el “habeas corpus”, que no pueden ser suspendidos ni siquiera en situaciones excepcionales; teniendo todo niño el derecho, en las mismas condiciones que los adultos, a utilizar el recurso de “amparo” o de “habeas corpus” cuando proceda.

Sobre la presunción de inocencia, la Corte invoca el artículo 8.2.g) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el artículo 40.2.b) de la Convención de Derechos del Niño y las Reglas de Tokio (Regla 17) según la cual “Se presume que los menores detenidos bajo arresto o en espera de juicio son

a) El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales;

b) Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales; se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las ordenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción.

inocentes y deberán ser tratados como tales. En la medida de lo posible, deberá evitarse y limitarse a circunstancias excepcionales a la detención antes de juicio. En consecuencia, deberá hacerse todo lo posible por aplicarse medidas sustitutorias. Cuando, a pesar de ello, se recurra a la detención preventiva, los tribunales de menores y los órganos de investigación deberán atribuir la máxima prioridad a la más rápida tramitación posible de estos casos a fin de que la tramitación sea lo más breve posible. Los menores detenidos en espera de juicio deberán estar separados de los declarados culpables”. La Corte reafirma que los niños (al igual que los adultos) tienen derecho a que sea respetado su derecho a la presunción de inocencia, y de igual manera, a que si contra la persona obra “prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla”, siendo ello un presupuesto aplicable a toda persona, con independencia de su edad, por lo que resulta aplicable a los niños.

En esa misma tesitura, la Corte se refiere a las declaraciones de los niños en todo tipo de proceso, sosteniendo que “cualquier declaración de un menor, en caso de resultar indispensable, debe ajustarse a las medidas de protección procesal que corresponden a éste, entre ellas la posibilidad de no declarar, la asistencia del defensor y la emisión de aquella ante la autoridad legalmente facultada para recibirla”.

Precisa que debe tomarse en cuenta que el niño “puede carecer, en función de su edad o de otras circunstancias, de la aptitud necesaria para apreciar o reproducir los hechos sobre los que declara y las consecuencias de su declaración; en este caso, el juzgador puede y debe valorar con especial cautela la declaración. Evidentemente, no se puede asignar a esta eficacia dispositiva cuando corresponde a una persona que, precisamente por carecer de capacidad civil de ejercicio, no puede disponer de su patrimonio ni ejercer por sí mismo sus derechos”¹⁰²⁴.

Relacionado con los principios de contradicción y publicidad, la Corte refiere que en todo proceso deben concurrir determinados elementos para que exista el mayor equilibrio entre las partes, para la debida defensa de sus intereses y derechos. Ello implica, entre otras cosas, “que rija el principio de contradicción en las actuaciones, al que tienden las normas que en diversos instrumentos disponen la intervención del niño por sí o mediante representante en los actos del proceso, la aportación de pruebas y el examen de éstas, la formulación de alegatos, entre otros”. Asimismo, cuando se trata de procedimientos en los que se examinan cuestiones relativas a los niños, que trascienden en la vida de éstos, “conviene fijar ciertas limitaciones al amplio principio de publicidad que rige en otros casos,

¹⁰²⁴ Acerca de los procesos penales, la Corte sustenta que “hay que considerar que los menores de edad están excluidos de participar como inculpaados en esa especie de enjuiciamientos. En consecuencia, no debe presentarse la posibilidad de que estos rindan declaraciones que pudieran corresponder a la categoría probatoria de una confesión”. IDEM.

no por lo que toca al acceso de las partes a las pruebas y resoluciones, sino en lo que atañe a la observación pública de los actos procesales. Estos límites atienden al interés superior del niño, en la medida en que lo preservan de apreciaciones, juicios o estigmatizaciones que pueden gravitar sobre su vida futura”. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sostenido en este mismo sentido que “a los niños acusados de crímenes debe respetárseles totalmente su privacidad en todas las etapas del proceso”.

Concluye SALADO OSUNA afirmando que si bien, la competencia consultiva de la Corte Interamericana y sus pronunciamientos en esta materia no son vinculantes per se, sino que constituyen unas directrices que deben ser tenidas en cuenta por todos los Estados americanos, y en el caso concreto que nos ocupa, por los Estados Partes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos; a pesar de este carácter no vinculante de su pronunciamiento, las opiniones expresadas en relación con los derechos de los niños pueden trascender el ámbito de la mera interpretación, toda vez que, sobre la base de la misma, sería posible iniciar el procedimiento previsto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el que se denunciaría a un Estado Parte (ante la Comisión Interamericana) por la violación de los derechos reconocidos a un niño tal y como los ha formulado la Corte. Si la denuncia fuese presentada, y tras finalizar el procedimiento ante la Comisión, ésta decidiera someter la demanda ante la Corte, la misma podría llegar a atribuir responsabilidad internacional al Estado demandado por el incumplimiento de los compromisos asumidos, en virtud de la Convención Americana, en relación con los niños. Puede ser que, en un futuro más o menos lejano, la Corte tenga la oportunidad de resolver un caso contencioso en el que los derechos del niño sujeto a medidas especiales de protección, a las que se refiere el artículo 19 de la Convención Americana, estén en juego. Si esta hipótesis se transformara en realidad, los principios de igualdad e interés superior del niño, considera SALADO OSUNA, serían los criterios determinantes que utilizaría la Corte a los efectos de declarar violación o no de la Convención Americana, toda vez que, en su Opinión Consultiva 17, ambos principios constituyen el eje articulador para todos sus pronunciamientos.¹⁰²⁵

III.- EL PAPEL DE LA VÍCTIMA Y/O OFENDIDO EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA.

Siempre hemos considerado que en el ámbito del Derecho penal, la víctima del ilícito debe asumir un papel preponderante; es lamentable, como sucede cotidianamente, que suela ser relegada a un papel secundario, quedando muchas ocasiones desprotegida y en desequilibrio frente al sujeto activo.

¹⁰²⁵ SALADO OSUNA, Ana, op.cit., pp. 115-117.

De igual manera, en el campo del derecho de menores infractores, es imprescindible valorizar adecuadamente el papel de la víctima y/o del ofendido por el hecho ilícito del menor; reajustar la legislación para, sin olvidar la correcta tesitura de que debe privar el interés superior del menor, de acuerdo con las teorías en boga, pueda armonizarse dicho interés con los de quien ha sufrido las consecuencias del hecho ilícito.

En últimos tiempos, ha cobrado un auge especial la materia conocida como *Victimología*. Ésta, “analiza el fenómeno criminal, desplazando el centro de atención al estudio científico de la víctima. En sus orígenes, la Victimología se ocupó fundamentalmente de estudiar las relaciones entre delincuente y víctima: su personalidad, características biológicas, psicológicas, morales, sociales y culturales, sus relaciones con el delincuente y el papel desempeñado en la génesis del delito. Actualmente estos objetivos se han ampliado, destacando especialmente, por ejemplo, el papel de la víctima en el proceso y lo que en la actualidad se ha venido en llamar Victimodogmática, esto es, en términos generales, la incidencia, desde el punto de vista dogmático, del comportamiento y actitudes de la víctima en la determinación de la responsabilidad criminal del autor.”¹⁰²⁶.

Según la Profesora de Derecho Procesal Ágata SANZ HERMIDA¹⁰²⁷, de la Universidad de Castilla-La Mancha, la relevancia del papel de la víctima en el ámbito penal ha sufrido un proceso pendular, desde su papel central en los orígenes del Derecho Penal, hasta su desplazamiento en la evolución posterior de esta rama del ordenamiento, primero por el hecho delictivo y, más tarde, por la protección de los derechos del inculcado. Modernamente se han reiniciado los pasos tendentes a otorgar una mayor relevancia a las víctimas en el ámbito penal mediante diversos mecanismos¹⁰²⁸.

Por ello, sigue SANZ HERMIDA, fundamentalmente a partir de la década de los ochentas, los Estados han ido iniciando una política legislativa tendente a sustantivar dichos instrumentos, entre los que destaca la Decisión Marco del

¹⁰²⁶ **Enciclopedia Jurídica básica**. Editorial Civitas, Madrid, España, 1995, vol. II, p. 1822.

¹⁰²⁷ Cfr. SANZ HERMIDA, Ágata. “La víctima en el proceso penal de menores”. En **Anuario de Justicia de Menores**, Ed. Astigi, España, 2001, No. I, pp. 183-225.

¹⁰²⁸ a) el aumento del número de delitos que requieren previa denuncia para ser perseguibles;
b) la ampliación de la eficacia del perdón, en especial para los delitos patrimoniales;
c) la inclusión, dentro del catálogo de sanciones, de la reparación del daño;
d) la activación de la participación de la víctima en el proceso penal;
e) la instauración de instrumentos que sirvan para evitar la denominada «victimización secundaria», facilitando que los inculcados y las víctimas se encuentren en salas separadas, admitiendo declaraciones de la víctima por video o protegiéndola cuando actúe de testigo;
f) estableciendo un procedimiento especial de restitución o de conciliación consistente en permitir al inculcado y a la víctima alcanzar un acuerdo refrendado por el órgano jurisdiccional, que evite la imposición de una pena al inculcado, y la plena satisfacción de los daños y perjuicios ocasionados a la víctima.

Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, con la que se pretende atender tanto a los intereses de la víctima, en el marco del procedimiento penal en sentido estricto, como a otras formas de asistencia a las víctimas, antes o después del proceso penal, y encaminadas a paliar los efectos del delito. Se considera desde esta perspectiva que, con la protección de la víctima, se contribuye a la consecución del ideal de Justicia en una de sus múltiples manifestaciones, a través del derecho a la tutela judicial efectiva, proclamado en el artículo 24.1 de la Constitución Española, y entendido como posible protección frente a la injusticia: el orden jurídico debe ser expresión formal de ese ideal y los órganos jurisdiccionales deben acercar ese orden jurídico a las personas, sean autores o sean víctimas¹⁰²⁹.

Como consecuencia, afirma la Profesora, uno de los aspectos discutidos en el proceso penal de menores es el de establecer cual debe ser el papel de la víctima. Teniendo en cuenta la menor edad de los sujetos implicados en el mismo, así como los principios vigentes de este ámbito -especialización, reeducación y tutela del menor-, surge la cuestión de dilucidar en qué modo puede estar presente la víctima en estas causas: no es que se rechace cualquier tipo de actuación, pero sí, cuando menos, se cuestiona su intervención como parte del proceso al estimarse que actuaría movido por consideraciones marcadamente punitivas. Ello no obsta para que se propugne su intervención a través de los mecanismos de conciliación y reparación, como instrumentos que pueden contribuir decisivamente en este ámbito a la satisfacción de los intereses de la víctima y de la sociedad en general y, por otro lado, a la consecución del principio educativo vigente en este ámbito, e incluso a que se posibilite el ejercicio de las acciones civiles derivadas del delito, que, en su caso, pudieran corresponder a la víctima, ante los órganos jurisdiccionales especializados de menores¹⁰³⁰.

En el ámbito de la justicia de menores española, tradicionalmente se había prohibido la participación del perjudicado; con la L.O. 4/1992, el M.F. se erige en el único sujeto legitimado para interponer, en su caso, la pretensión penal (artículo 15.2 LORCPJM), en contraste con la virtual inhibición a que lo sometía la normativa tutelar. Sólo eventualmente, esta regulación preveía la participación de la víctima en los instrumentos de conciliación y reparación extrajudicial previstos en los artículos 15.1.6a y 16.3 LORCPJM. Sin embargo, continúa SANZ HERMIDA, la L.O. 5/2000, de 12 de enero, en su texto original, alteraba sensiblemente el régimen normativo preexistente, con el objetivo de lograr un difícil equilibrio entre el interés del menor -que en todo caso ha de prevalecer sobre los demás-, el de la víctima y el del perjudicado por el delito, y el de la sociedad.

De este modo, la LORRPM prohibía en su texto inicial, en principio, la participación del perjudicado como parte en estos procesos (artículo 25),

¹⁰²⁹ IDEM.

¹⁰³⁰ IDEM.

posibilitando su actuación a través de los mecanismos de conciliación y reparación previstos en la Ley (artículos 19 y 51.2 LORRPM). En el artículo 25 se posibilitaba su personación, si bien con carácter limitado; se trataba de un supuesto de intervención adhesiva simple en el que la participación del perjudicado se centraba fundamentalmente en contribuir o en coadyuvar al éxito de la pretensión de la parte principal. Asimismo, rompiendo también con la normativa anterior, que imposibilitaba el ejercicio de la acción y pretensión civil ante los JJ.MM., la L.O. 5/2000 si permitía el ejercicio de las acciones civiles ante estos órganos especializados (artículos 16.1 y 64.1), gozando aquí el perjudicado de plena libertad para decidir cual es la estrategia que le conviene en los casos en los que no se haya llegado a un acuerdo extrajudicial en esta materia: si acudir a los JJ.MM. con la aplicación de las especialidades sustantivas y procesales previstas en la LORRPM y disposiciones concordantes o, en su caso, reservarse su ejercicio ante los órganos jurisdiccionales del orden civil, en cuyo caso, el régimen procesal aplicable sería el previsto en la LEC y disposiciones concordantes¹⁰³¹.

Esta regulación establecida en la LORRPM preveía un proceso civil autónomo, especial y sumario, a tramitarse de forma paralela y secundaria respecto de la causa principal (art. 64.8" LORRPM), que en todo caso produciría efectos prejudiciales para éste, respecto de los hechos que se hayan estimado acreditados y de la participación del menor (art. 64.10"), y cuya sentencia no produciría los efectos de la cosa juzgada, pudiendo las partes, en su caso, volver a plantear la cuestión ante los órganos jurisdiccionales civiles (art. 64.10")¹⁰³².

Así, según se explica, en su redacción original el art. 25 de la Ley 5/2000 establecía que si el menor era mayor de dieciséis años, el perjudicado podría personarse en el procedimiento, teniendo el derecho a coadyuvar con las actuaciones del Ministerio Fiscal. No obstante, en el mismo primer párrafo del artículo 25, se señalaba la inexistencia de la *acción particular*. Este texto fue reformado por la Disposición Final Segunda de la LO 15/2003 de 25 de noviembre de 2003 que modificó la LO 5/2000. En la nueva redacción, se atribuye al o a los ofendidos, la posibilidad de personarse en el procedimiento como acusadores particulares, importante giro respecto a la anterior naturaleza de este numeral. La posición se ratifica, con la nueva enumeración de derechos de la víctima y del ofendido que se hace en el reformado artículo 4 según la LO 8/2006.

En otro sentido, con esta reforma, se demerita el trabajo del Ministerio Fiscal, pues la aceptación de la acusación particular, pareciera obedecer a que se ha concluido que "la actividad del Ministerio Fiscal puede resultar insuficiente para procurar la correcta calificación y valoración de los hechos en la Sentencia, y para

¹⁰³¹ IDEM.

¹⁰³² IDEM.

la imposición de las correspondientes medidas”¹⁰³³. Sólo por esa razón, “se podría explicar que en un contexto en el que el objetivo es una reacción jurídica dirigida a una intervención fundamentalmente de naturaleza educativa quepa esperar que la acusación particular sumará, al legítimo interés del perjudicado, el interés del menor expedientado.”¹⁰³⁴.

Evidentemente, lo que sucederá será el ejercicio de una pretensión meramente punitiva: “lo que cabe esperar de la comprensible naturaleza humana es exactamente lo contrario: el dar pábulo al convertido en primordial objetivo de la que se estime proporcionada expiación apasionadamente calculada por la acusación particular”¹⁰³⁵.

En otro ámbito, dentro de la participación y los derechos de la víctima y/o ofendido, creemos que de especial interés son las disposiciones relativas a la reparación del daño y la conciliación. Sobre ello, citando al Maestro POLAINO NAVARRETE, consideramos que: “desde la perspectiva de la función educativa y socialmente integradora, que es inherente a la propia esencia de la legitimidad funcional de las medidas de seguridad penales aplicables al menor de edad penal, es de tener en cuenta además que, a diferencia de los (adultos) delincuentes habituales desarraigados de las pautas de comunicación social, la experiencia comparada sobre el tratamiento del menor conforme a metodologías conciliatorias (encaminadas al alcance de actitudes de empatía entre víctima y ofensor y el logro de la mayor reparación posible, material y espiritual, a aquélla) ha dado resultados bastante alentadores, que deben animar a ampliar la aplicación de esta medida.”¹⁰³⁶.

De especial interés para nuestro estudio resultan los comentarios de SANZ HERMIDA a la figura de la conciliación o reparación menor/víctima o perjudicado. El artículo 19 de la LORRPM concede a la víctima o perjudicado un importante papel en el sobreseimiento del asunto, cuando exista conciliación del menor y la víctima o aquel haya asumido un compromiso de reparación del daño causado, y el artículo 51.2 de la Ley dota de un importante valor al acuerdo de conciliación efectuado tras la sentencia, ya que puede servir para dejar sin efecto o sustituir la/-s medida/-as impuesta/s al menor¹⁰³⁷.

¹⁰³³ SOLA RECHE, Esteban y SERRANO SOLÍS, Miguel. “Presente y futuro de la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores”. En SOLA RECHE, Esteban, et. al. (eds.). **Derecho penal y psicología del menor**. Ed. Comares, Centro de Estudios Criminológicos, Universidad de la La Laguna, Granada, España, 2007, Biblioteca Comares de Ciencia Jurídica, p. 7.

¹⁰³⁴ IDEM.

¹⁰³⁵ IDEM.

¹⁰³⁶ POLAINO NAVARRETE, Miguel, **La Minoría de Edad Penal en el Código Penal y las Leyes Orgánicas 5 y 7/2000**. Documento multicopiado.

¹⁰³⁷ Cfr. SANZ HERMIDA, Ágata. op. cit., pp. 190 y ss.

En todos estos supuestos, comenta la autora, la reparación y la conciliación se erigen en instrumentos que contribuyen de forma eficaz a la consecución del principio educativo que preside el sistema, por lo que han adquirido gran importancia en el ámbito de la justicia de menores, siendo además uno de los elementos fundamentales la confrontación entre el delincuente y la víctima. Con estas previsiones, no sólo se dibuja un importante ámbito de actuación de las víctimas en el proceso penal de menores, sino que también se acoge el principio de oportunidad como uno de los instrumentos fundamentales en la consecución de los fines propios en este sistema¹⁰³⁸.

En este sentido, explica SANZ HERMIDA, uno de los puntos centrales de las nuevas corrientes jurídico-penales es la búsqueda de nuevas alternativas a la solución de conflictos y el establecimiento de mecanismos tendentes a otorgar una mayor participación y protección a la víctima. Entre aquellas se incluye, como uno de los objetivos político-criminales, la compensación autor-víctima y la reparación del daño causado¹⁰³⁹.

En su vertiente penal, la mediación y la reparación constituyen la respuesta a la denominada crisis de la idea resocializadora, y son una manifestación más de los principios penales de subsidiariedad, ultima ratio e intervención mínima, con los que se refuerza la función pacificadora del Derecho Penal a través del retorno a la situación concreta perturbada. En principio, la reparación no se erige como una nueva finalidad del Derecho Penal, ni siquiera como una pena o sanción autónoma, sino que viene referida a aquellos mecanismos encaminados a proteger los derechos de la víctima, consistentes en la previsión de incentivos, atenuaciones o exclusiones de la pena o medida de seguridad, y dirigidos a los autores y partícipes del hecho delictivo, con el fin de premiar su voluntad de resarcir el daño causado¹⁰⁴⁰.

No obstante, prosigue la jurista en comentario, es preciso considerar que la naturaleza de la reparación, en su sentido más amplio, no es pacífica, y en su delimitación se reconoce la confluencia de varios principios: se trata de una forma de recuperar el papel de la víctima en el proceso penal, a la vez que cumple la función pacificadora propia del Derecho Penal y contribuye a la resocialización del delincuente. Por ello no debe confundirse la reparación penal con la civil, ya que ambas son diferentes y no manipulables a través de un cambio de etiquetas, y su ponderación se hace atendiendo a criterios diferentes¹⁰⁴¹.

En su vertiente procesal, ilustra la especialista, suponen la recuperación del papel de la víctima en el proceso penal y, de otro lado, representan una

¹⁰³⁸ IDEM.

¹⁰³⁹ IDEM.

¹⁰⁴⁰ IDEM.

¹⁰⁴¹ IDEM.

manifestación más del principio de oportunidad en el proceso de menores. Por otra parte, la utilización de los mecanismos de la mediación, reparación y conciliación como alternativas al proceso, trata de hacer frente a los problemas sociales por medio de la utilización de procedimientos rápidos, eficaces y poco costosos¹⁰⁴².

No obstante, medita SANZ HERMIDA, la conciliación, mediación y reparación no siempre son una forma de justicia más rápida, ya que, en muchos casos, dan lugar a un laborioso proceso de negociación; en cambio, la característica más importante de estos instrumentos es la posibilidad de una justicia negociada, al producirse un proceso dinámico entre víctima y delincuente para llegar a una resolución del conflicto, de modo que el Estado opta, en estos casos, por ceder el protagonismo a los particulares interesados y consolidar así un papel subsidiario¹⁰⁴³.

Finalmente, sugiere la experta, conviene tener presente las críticas formuladas a estos mecanismos desjudicializadores, como la escasa transparencia y publicidad de los mismos, lo que puede traducirse en la ausencia de muchas de las garantías mínimas de cualquier proceso judicial; la falta de imparcialidad del organismo al que se confían las labores de mediación; la forma de configuración de la solución del conflicto, apartándose de las reglas jurídicas y desembocando muchas veces en la aplicación simple de la lógica de las relaciones de fuerza económicas y sociales; o las graves limitaciones que en orden a la eficacia supone la carencia de poderes coercitivos en los sujetos que resuelven, lo que impide dictar medidas cautelares o iniciar procedimientos ejecutivos¹⁰⁴⁴.

La conciliación o reparación menor/víctima o perjudicado, puede traer como consecuencia el sobreseimiento de la causa. En el artículo 19 se sancionan dos posibilidades bien diferenciadas para proceder al sobreseimiento de la causa en fase de investigación: la conciliación y el compromiso de reparación. Con la primera, se incide en la “satisfacción moral”, mientras que la segunda goza de un contenido material, “de actividades en favor de la víctima o perjudicado por el delito o, en su caso, en favor de la comunidad en general”.

Para SANZ HERMIDA, en este ámbito conviene tener presente una distinción fundamental entre el órgano encargado de llevar a cabo las labores de mediación menor/víctima o perjudicado y, por tanto, de lograr la aproximación de estos sujetos, y el acuerdo o compromiso, en los términos descritos en la Ley y el órgano competente, para acordar el sobreseimiento de la causa¹⁰⁴⁵.

¹⁰⁴² IDEM.

¹⁰⁴³ IDEM.

¹⁰⁴⁴ IDEM.

¹⁰⁴⁵ IDEM.

En cuanto al primero, la Ley atribuye esta función al ETM (artículo 19.3 LORRPM). A este equipo le corresponde no solo llevar a cabo las funciones mediadoras entre el menor y la víctima o perjudicado por el delito, sino también el deber de informar al M.F. de los compromisos adquiridos y de su grado de cumplimiento (artículo 19.3 LORRPM). Se le atribuyen pues, importantísimas facultades no exentas de críticas. El sobreseimiento, continúa la Profesora, lo dictará el J.M. por auto motivado y a solicitud del M.F. (artículos 19.4 y 33 c) LORRPM), que, con carácter general, va a tener carácter vinculante, salvo en aquellos casos en que el órgano jurisdiccional entendiera que no concurren los presupuestos legalmente establecidos, en cuyo caso podría plantear la cuestión ante el superior jerárquico del Fiscal, por aplicación supletoria de lo previsto en el artículo 644 LECr¹⁰⁴⁶.

Si este confirmara la solicitud de sobreseimiento, el J.M. tendría que sobreseer la causa.

Diversos presupuestos deben tenerse en consideración para la aplicación de los anteriores preceptos¹⁰⁴⁷. De acuerdo con SANZ HERMIDA, de la regulación establecida en la nueva Ley se desprende, en primer lugar, que solo puede haber conciliación cuando la víctima acepte las disculpas del menor, por lo que, en principio, necesariamente habrían de concurrir las dos voluntades: así, si solo concurre la voluntad del menor, parece que necesariamente habría de continuarse con la tramitación de la causa. Sin embargo, esta solución resulta extremada, pues aun dándose los demás requisitos legales y constando la voluntad del menor, se deja en manos de la víctima la continuación o no de la causa¹⁰⁴⁸.

Entiende la jurista, que precisamente dos de los principios rectores del sistema de justicia de menores, el principio educativo y el valor superior del interés del menor, necesariamente han de llevar a la otra solución, es decir, a la no tramitación del expediente, bien por entender que no se ha llegado al acuerdo por causas ajenas a la voluntad del menor (artículo 19.4 LORRPM), para lo cual es

¹⁰⁴⁶ IDEM.

¹⁰⁴⁷ a) Objetivos

1.- En cuanto a los hechos delictivos, han de ser delitos menos graves o faltas, sin violencia o intimidación graves en su comisión. De este modo, puntualiza la autora, parece que el legislador ha querido distinguir claramente, de un lado, el modo de comisión del hecho delictivo -sin violencia o intimidación graves (artículo 19.1.1)- y, de otro, la naturaleza del ilícito penal -delito menos grave o falta (artículo 19.1.11)-, por lo que es preciso tomar en consideración conjunta ambos requisitos.

2.- Acuerdo de conciliación o compromiso de reparación del menor con la víctima. Para que exista conciliación del menor con la víctima, aquel deberá reconocer el daño causado y disculparse ante la víctima y esta debe aceptar sus disculpas. Y para la reparación, es preciso que exista un compromiso asumido por el menor con la víctima o perjudicado de realizar determinadas acciones en beneficio de aquellos o de la comunidad (artículo 19.2 LORRPM).

IDEM.

¹⁰⁴⁸ IDEM.

preciso en todo caso que conste la voluntad de la víctima de participar en el proceso de mediación, bien por la vía del artículo 18 que permite el desistimiento de la incoación de la causa por el M.F. “cuando los hechos denunciados constituyan delitos menos graves, sin violencia o intimidación en las personas, o faltas”. Refuerza lo anterior lo preceptuado en el artículo 19.5, donde no se acoge la no conciliación como causa de continuación de la tramitación¹⁰⁴⁹.

Además, manifiesta la Profesora, también se requiere para la reparación la existencia de un compromiso del menor con la víctima o perjudicado, y, por tanto, la concurrencia de las voluntades de estos sujetos. Estas voluntades deberán estar presentes siempre y para todas las partes en el momento de asunción del compromiso ante el equipo técnico, que es quien llevará a cabo las tareas mediadoras (artículo 19.3) y, para el menor, también en el momento de su ejecución, no siendo necesaria la de las víctimas o perjudicados por el delito, puesto que la Ley posibilita la conclusión de la instrucción no solo cuando se hayan llevado a cabo efectivamente dichos acuerdos, sino también cuando no se hayan podido llevar a efecto “por causas ajenas a la voluntad del menor” (artículo 19.4), entre las que cabría acoger la ausencia de voluntad, en este momento, del perjudicado por el delito, salvo que existiera causa justificada para ello¹⁰⁵⁰.

Precisamente, anota la procesalista, como se trata de un “acuerdo de voluntades menor/ perjudicado”, no se podría romper unilateralmente el acuerdo durante la ejecución, salvo que existiera causa lícita para ello, condición que deberá comprobar el J.M. en el momento de acordar definitivamente el sobreseimiento o, en su caso, la continuación de la causa¹⁰⁵¹.

Por otro lado, reitera SANZ HERMIDA, el menor va a llevar a cabo, según se desprende del tenor literal del precepto, un reconocimiento de hechos -explícito en la conciliación, e implícito en la reparación- sin la presencia ni asistencia de Letrado que le asesore y le represente, y ante un miembro del equipo técnico que lleve a cabo las tareas mediadoras; por tanto, y en principio, sin las debidas garantías que constitucionalmente tiene consagradas al derecho de defensa, a la asistencia letrada, a la presunción de inocencia, a no declarar contra sí mismo y a un proceso con todas las garantías (artículo 24.2 CE)¹⁰⁵².

Sin embargo, para la autora, estas objeciones podrían salvarse del modo siguiente: como se trata de un supuesto de “desistimiento de la continuación de la causa”, se entiende que esta ya ha sido incoada y, por tanto, que el menor tiene los derechos reconocidos en el artículo 22 de la LORRPM, entre ellos el derecho a designar, o que le sea designado, abogado que le defienda. Por tanto, deberá

¹⁰⁴⁹ IDEM.

¹⁰⁵⁰ IDEM.

¹⁰⁵¹ IDEM.

¹⁰⁵² IDEM.

entenderse, aunque no se señale expresamente en la Ley, que el menor, en estos acuerdos de conciliación o compromisos de reparación, deberá estar asistido por letrado que le asesore y defienda, más aun cuando el reconocimiento de hechos lleva directamente a la asunción de la culpabilidad por el menor¹⁰⁵³.

Según la jurista, el problema surge cuando el menor inicialmente ha asumido el compromiso de reparación y después no lo lleva a efecto por causas a él imputables. En este sentido, para que el compromiso de reparación pueda ser tenido en consideración por el M.F. a efectos de instar el sobreseimiento de la causa, es preciso que dicho compromiso se realice de modo efectivo (artículo 19.2) o, en su caso, que su no cumplimiento se deba a causas ajenas a la voluntad del menor (artículo 19.4), pues, de otro modo, el M.F. continuará la tramitación de la causa (artículo 19.5)¹⁰⁵⁴.

En el anterior supuesto, prosigue SANZ HERMIDA, se llevaría a cabo la continuación en la tramitación de la causa con el reconocimiento implícito de hechos por el menor, con las consecuencias que ello conlleva. En este sentido podría pensarse, dado que el M.F. va a estar informado en todo momento de los compromisos adquiridos por el menor y del grado de cumplimiento de los mismos (artículo 19.3), y que a él le corresponde dirigir la investigación y sostener la acusación, que el proceso de menores prácticamente se reduciría a una fase de audiencia, que se sustanciaría conforme a lo prescrito en el artículo 36.3, centrada en la discusión de la medida que deberá aplicarse al caso concreto, como si de una conformidad parcial se tratase¹⁰⁵⁵.

Sin embargo, valora la procesalista, con ello se estarían vulnerando garantías fundamentales constitucionales, teniendo en cuenta, además, que el eventual reconocimiento de hechos se lleva a cabo en un procedimiento extrajudicial y sin la concurrencia de las garantías inherentes a todo enjuiciamiento criminal¹⁰⁵⁶.

Por otro lado, indica la autora en cita, el reconocimiento de hechos no puede ser considerado como una confesión o como un supuesto de allanamiento, sino que produce la probabilidad de los hechos reconocidos, en una escala de posibilidad-probabilidad-certeza, por lo que corresponde al M.F., en estas situaciones, continuar la tramitación de la causa, llevando a efecto todas las diligencias de investigación precisas para la obtención del material necesario para, en su caso, sostener la acusación; el enjuiciamiento se desarrollará por los cauces previstos legalmente, pudiendo el menor, debidamente asistido por su letrado, valerse de todos los medios de defensa adecuados a tal fin¹⁰⁵⁷.

¹⁰⁵³ IDEM.

¹⁰⁵⁴ IDEM.

¹⁰⁵⁵ IDEM.

¹⁰⁵⁶ IDEM.

¹⁰⁵⁷ IDEM.

Por lo que se refiere a los sujetos que pueden llevar a cabo los acuerdos de conciliación y el compromiso de reparación, SANZ HERMIDA expone que por un lado debe tratarse del menor imputado y, por otro, de la víctima u ofendido por el delito (para la conciliación) y del perjudicado, es decir, aquel que ha sufrido algún daño de carácter patrimonial como consecuencia del injusto penal (para la reparación)¹⁰⁵⁸.

Para que dichos acuerdos sean jurídicamente válidos, es preciso que las personas que los lleven a cabo tengan capacidad. En este sentido, la especialista se pregunta en primer lugar si el menor imputado goza de capacidad en este ámbito para realizar válidamente por sí mismo estas actuaciones jurídicas. En este sentido, la parte pasiva necesaria del proceso es el menor imputado, que se ve sometido al mismo y frente al cual se pide la actuación del ius puniendi del Estado, aunque esta actuación deba estar orientada en todo momento a preservar la vigencia de los principios educativo y de valor superior del interés del menor, adquiriendo dicha condición desde que pueda resultarle la atribución de un hecho hasta que el proceso finaliza por cualquiera de los medios de terminación legalmente previstos¹⁰⁵⁹.

SANZ HERMIDA formula ciertas observaciones, considerando que la capacidad para ser parte e intervenir en el procedimiento como imputado la ostentan solo las personas físicas y vivas que tengan la aptitud necesaria para participar de modo consciente en el juicio, comprender la acusación formulada contra el y ejercer el derecho de defensa. Por otra parte, también en el ámbito de la justicia penal de mayores debe reconocerse capacidad procesal al menor para poder, debidamente asistido por su abogado, en el caso de que se llegara a formular una imputación contra él, alegar válidamente su circunstancia y lograr la resolución judicial de inhibición a favor de los JJ.MM., si no hubiera sido apreciada de oficio por el Juez¹⁰⁶⁰.

En síntesis, SANZ HERMIDA afirma que el menor goza en este ámbito de capacidad procesal, por lo que, como se establece además expresamente en la Ley, podrá realizar por sí mismo la conciliación o, en su caso, asumir el compromiso de reparación -penal-, debidamente asistido por un Letrado que le asesore¹⁰⁶¹.

Lo que no debiera olvidarse en el ámbito de la intervención y los derechos de la víctima y del ofendido, es que se trata de un proceso de menores. En este sentido, la regulación original de la LO 5/2000, según SANZ HERMIDA, respecto a la

¹⁰⁵⁸ IDEM.

¹⁰⁵⁹ IDEM.

¹⁰⁶⁰ IDEM.

¹⁰⁶¹ IDEM.

intervención del perjudicado en los procesos de menores era poco afortunada, pues parecía obedecer a los propios titubeos del Legislador respecto a la consideración general del sistema de justicia de menores: o bien se partía de la idea general de que, en atención al valor superior del interés del menor, no era conveniente su participación en estas causas, por los intereses retributivos o de venganza que pudieran introducir en estos procesos; o bien se permitía su intervención, aunque quizás con una estricta regulación, sobre la consideración de que el menor debe responsabilizarse de sus hechos, y tomar en consideración las alegaciones y el “sentir” de las víctimas, como forma de coadyuvar precisamente a ese principio educativo que preside todo el sistema, a la vez que se salvaguardan los derechos de las víctimas¹⁰⁶².

A final de cuentas, con las reformas a la LO 5/2000, el legislador pareció optar por el segundo camino, aunque cayendo en el exceso ya comentado, de otorgar a la víctima u ofendido el papel de parte en el proceso; lo cual abre la puerta para que en el proceso de menores, domine el carácter retributivo sobre el reeducativo. Se trata de la vuelta de la *venganza*, que en el mismo Derecho penal de adultos se juzga necesario superar.

No nos cabe duda, de que las víctimas exigen un lugar dentro del proceso de menores. El impulso a los mecanismos de desjudicialización, como la conciliación y la reparación nos parecen algo sumamente positivo, pues contribuyen a la toma de responsabilidad del menor respecto a su acto, así como al empoderamiento de la víctima u ofendido.

Lamentablemente un avance incontrolado del papel de la víctima como el que se ha dado con las últimas reformas a la legislación española, resulta más pernicioso que útil al proceso y a los objetivos del derecho de menores. Específicamente, el que se permita la acusación particular en esta esfera jurídica, no constituye, como se ha señalado reiteradamente, sino una concesión al afán retributivo del derecho, haciendo a un lado la intención educativa. La idea de *venganza*, de que los infractores deben *pagar por lo que han hecho*, que se encuentra en boga, por la promoción de los medios y de las asociaciones de víctimas, no es el mejor modo de enfrentarse al fenómeno delictivo, como lo ha mostrado la historia, y lo prueban científicamente criminólogos, sociólogos y juristas hoy en día.

Como bien señala CORCOY BIDASOLO, “es indiscutible que las víctimas deben ser atendidas y protegidas de forma que, en ningún caso, el proceso pueda significar para ellas una nueva victimización, como ciertamente ha sucedido. De la misma forma es indiscutible que hay que adoptar las medidas necesarias para que las víctimas sean resarcidas por los perjuicios sufridos, incluidos los daños morales. No obstante, en ningún caso puede aceptarse que existan unos

¹⁰⁶² IDEM.

presuntos derechos de las víctimas que puedan conducir a sustituir las finalidades de prevención [o educativas, en el ámbito del Derecho de menores infractores] por la de retribución. Debe rechazarse la idea de venganza (...) que se está instaurando con fuerza en nuestra sociedad (...) La venganza, como *leit motiv* de la intervención penal me parece inaceptable en todo caso, pero en el supuesto de los menores supone romper todos los principios establecidos en la Convención de los Derechos del Niño (...) Han sido necesarios muchos siglos para llegar al convencimiento de que la venganza no sirve ni a las víctimas, ni a los autores, ni a la sociedad, y no hay argumentos que puedan justificar renunciar a este principio en el siglo XXI y, en todo caso, nunca respecto de menores.”¹⁰⁶³.

IV.- REFLEXIONES CRÍTICAS PERSONALES

El nuevo régimen de menores infractores, se sostiene en dos pilares fundamentales: por un lado, la afirmación de que los menores, por sus características particulares de desarrollo, no pueden de manera alguna ser tratados como adultos; y por el otro, el reconocimiento de que si bien están sujetos a un régimen distinto, siendo seres humanos gozan de los derechos y garantías que se otorgan a todos, de tal suerte, que por su condición de menores, no han de ser denostados en su carácter de sujetos jurídicos, beneficiarios de múltiples derechos.

En este contexto, los menores gozan de todas las garantías que el marco jurídico interno de los países, basado en la norma constitucional, en primer término, otorga a los nacionales; y en segundo término, de los derechos que a su favor se han consignado en los instrumentos internacionales de los que el país sea parte.

De tal suerte, que si bien en nuestra concepción el sustento teleológico del derecho de menores infractores es lograr la reeducación del menor, éste es un proceso que forzosamente habrá de llevarse a cabo apegado a derecho, en el sentido de que se respeten los derechos que al menor le corresponden. Debiera ser la preocupación de juristas y legisladores, por un lado, y de psicólogos y pedagogos por el otro, elaborar un modelo de atención adecuado, que permita la reeducación social del infante o adolescente, creando en él las aptitudes e inculcando los valores que le mantengan alejado de acciones ilícitas; sin incurrir en abusos o excesos sobre su persona, respetando irrestrictamente los derechos

¹⁰⁶³ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. “Responsabilidad penal de los menores. En particular, disfunciones en supuestos de participación delictiva conjuntamente con adultos”. En SOLA RECHE, Esteban. op. cit., p. 282.

que el sistema jurídico le reconoce o pueda a futuro reconocerle. Es decir, no permitir que en nombre de más o mejores resultados, se pierda de vista al menor, no como reo, sino como educando.

Como ya se ha mencionado en numerosas ocasiones a lo largo de este trabajo, la Convención sobre Derechos del Niño es el tratado internacional en materia de derechos humanos que mayor aceptación ha tenido, al ser ratificado por la mayoría de los miembros de la comunidad internacional. En este documento, se plasman los postulados en los cuales debe basarse toda legislación de la materia que se precie de estar acorde con los nuevos tiempos; principios entre los que se incluyen en primer sitio la necesidad de atender el interés superior del niño.

No obstante, en la práctica jurídica la situación es alarmante, pues a pesar de la nueva doctrina que pugna por el interés superior del niño, y por su capacidad para, con la orientación adecuada, definir su propio destino, se le sigue viendo como ser inferior, por lo que su participación no sólo durante el procedimiento, sino durante la aplicación de las medidas de tratamiento se ve totalmente anulada. Se mantienen los prejuicios respecto a su situación personal: sus condiciones familiares, su estado económico, la falta de recursos materiales, carencias educativas y culturales, en fin, la cotidiana marginación y pobreza, contribuyen a su etiquetación automática como niño problema, bajo la cual se define el tratamiento. Utilizando ambiguamente elementos como la condición de abandono del menor, la deserción educativa, la falta de recursos de su familia, se justifica la aplicación de medidas reservadas para última aplicación, como es el caso, sencillamente, del internamiento en régimen cerrado o privación de la libertad.

Y ello no es todo, cotidianamente, el menor sufre violaciones en todos los ámbitos: se le separa de su familia cuando sólo dentro de ella pudiera encontrar su rehabilitación, se denosta su integridad y dignidad personal juzgándolo como un “problema”, “incorregible”, “agresivo”, o sencillamente “menor delincuente” o criminal; o se le priva ilegalmente de la libertad. Igualmente, el menor suele sufrir discriminación cotidiana, por sus condiciones socioeconómicas, étnicas, o cualquier otra, de tal suerte que los prejuicios sociales que aún prevalecen respecto a los estados más “favorables”, como provenir de un status social elevado, color de piel u origen, etc., automáticamente agravan la condición de infractores de los menores que no cumplen con tales exigencias.

Apelando a la doctrina del interés superior del niño, el infante, especialmente el infractor, debe ser reconocido como parte de la sociedad, de tal manera, que su suerte, buena o mala, será compartida por el conglomerado. Si se le condena al abandono, por la falta de oportunidades o el desinterés en brindarle un tratamiento idóneo, se estará generando un delincuente en potencia que a largo plazo represente un mayor riesgo para la sociedad. Por lo contrario, si se le atiende adecuadamente, podrá lograrse su plena reintegración a la normalidad social, en

progreso y beneficio de todos. En este ámbito, debe reconocerse el nivel de responsabilidad que tienen todos los entes sociales cada vez que un menor realiza una conducta infractora; de inicio, de su familia, que como señalamos, es el punto de partida de la socialización, si bien debe proporcionar la mejor protección a los niños contra el abuso, el descuido y la explotación, a su vez debe fomentar en él los comportamientos deseables socialmente; del Estado, pues el incremento en la incidencia de infractores es muestra del fracaso de las políticas preventivas; y por último, a mayor escala, de la sociedad, cuando le resulta más favorable desviar la mirada ante las problemáticas, sintiéndose satisfecha con la preponderancia de políticas represivas frente a las preventivas.

El intrínquis respecto a los derechos de los menores infractores, es que éstos gozan plenamente de los derechos de que goza todo menor, el derecho a vivir con su familia, a ver satisfechas sus necesidades naturales, afectivas y psicológicas, etc.; los cuales de ninguna manera pueden negárseles, por el hecho de haber cometido circunstancialmente una conducta delictiva. De tal suerte, que su esfera de derechos elementales no puede verse alterada, siendo objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su familia o en su persona. Igualmente, cuando sea necesario aplicar una medida de tratamiento, la cual, de preferencia debe proyectarse reintegrándolo a su núcleo social, debe gozar de protección a sus garantías. La preocupación se intensifica en el renglón de las garantías procesales, pues como hemos mencionado, independientemente de lo que pueda consagrarse en el marco jurídico, muchas veces las autoridades encargadas de la aplicación del marco jurídico actúan guiados por prejuicios o comportamientos autoritarios perniciosos que resultan violatorios de garantías. Aquí, se vuelve necesario efectuar en la medida de lo posible una renovación de los cuerpos de funcionarios públicos encargados del procedimiento y tratamiento al menor, buscando que quienes estén en contacto directo con él, no sólo sean profesionistas de las diversas disciplinas conexas al derecho que intervienen en la materia, sino que se les brinde la capacitación y preparación adecuada que les permita actuar sin violar garantías de los menores.

En última instancia, y si bien de manera un tanto aventurada, creemos que debiera elevarse a nivel de derecho fundamental del menor el de gozar plenamente de libertad en todo momento; a diferencia del adulto, la privación de la libertad en el caso del menor no puede de ninguna manera considerarse como una retribución por la conducta delictiva cometida, pues al no haber actuado con plena imputabilidad, no puede ser aplicable este principio propio del derecho penal. De tal suerte que, sosteniendo siempre el interés superior del menor, y siguiendo lo que la pedagogía especializada nos ha demostrado, al internar a un menor en un régimen cerrado se le está casi condenando, si no en un extremo a la ratificación de la conducta infractora, si a un futuro incierto por la falta de un desarrollo personal propicio, pues la educación, si no se da en un ambiente de libertad, está condenada al fracaso.

Por otro lado, es importante considerar los derechos de la víctima o del ofendido de la conducta infractora. Siempre hemos considerado que en el ámbito del Derecho penal, la víctima del ilícito debe asumir un papel preponderante; es lamentable, como sucede cotidianamente, que suela ser relegada a un papel secundario, quedando muchas ocasiones desprotegida y en desequilibrio frente al sujeto activo. En materia de menores infractores, si bien, por un lado, prevalece el interés superior del menor, por el otro es imprescindible valorizar adecuadamente el papel de la víctima y/o del ofendido. La idea aquí, es lograr equilibrar dicho interés del menor con el menoscabo que causó con su conducta; de tal suerte, que si por un lado el objetivo es rehabilitar al menor, por el otro también se hace necesario buscar la reparación del daño causado.

Así, tanto la figura de la conciliación en la legislación española como las formas de justicia alternativa que propugna el nuevo orden constitucional mexicano, son opciones viables que contribuyen a la consolidación del derecho de menores infractores, siempre y cuando, no se desvíen de ciertos puntos esenciales: a) sigue privando el interés en reeducar al menor; b) la intervención de la víctima, no debe en forma alguna asumirse como una solicitud de venganza o de mera punición retributiva; c) es favorable en la medida de lo posible promover la interacción entre las partes, que permita tomar conciencia, por un lado, del menor sobre el daño causado, y por el otro, de la víctima respecto a la condición del infractor; d) al promoverse la reparación del daño, se buscará crear en el menor la noción de responsabilidad de sus actos ante sí y ante la sociedad; e) de igual manera, la víctima debe entender la condición de menor edad del infractor, quien si bien ha actuado erróneamente, aún puede rectificar su comportamiento si se le trata no como un delincuente, sino como un menor en proceso de educación. La intervención de la víctima no tiene porque ser incompatible con el interés superior del niño; por el contrario, el tomar conciencia de que el daño causado recae sobre otro ser humano, es un paso previo a cualquier medida de tratamiento que pueda tomarse.

Lamentablemente, en este ámbito, la legislación española ha caído en el exceso de que la víctima pueda participar como tercera parte en el proceso, ejerciendo su propia acción acusadora; en claro demérito de la naturaleza del derecho de menores, pues junto al interés superior del menor y al de la sociedad en su resocialización, se coloca un tercer interés, de un particular, que en el contexto social en que surge no podrá pugnar sino por la satisfacción de una pretensión meramente punitiva.

CONCLUSIONES

I.- Si consideramos los instrumentos internacionales de Derechos Humanos como los avances más importantes que la civilización ha realizado en el ámbito jurídico para la protección de valores que pueden juzgarse de importancia universal; entonces, la tendencia a seguir por los legisladores de los diversos países debe ser, a grandes rasgos, el modelo garantista, cuyo punto de partida lo constituye el instrumento internacional conocido como Convención sobre los Derechos del Niño de 1989. En este sentido, el interés superior del niño es la pauta a seguir en el Derecho de Menores Infractores.

II.- No obstante ello, ante la alarma social que ha generado en últimos tiempos el comportamiento ilícito de los jóvenes, motivado en gran medida por un manejo poco ético en los medios y por la propaganda política, se ha impulsado la realización de reformas que se constriñan a elevar la severidad de las medidas y del tratamiento dado a los menores, con un carácter meramente sancionador. Ejemplo de ello son las reformas españolas de 2006, que innegablemente, se apartan del contenido de los instrumentos internacionales, privilegiando la reacción punitiva del Estado.

Con ello, se hace a un lado el carácter científico multidisciplinario que los especialistas exigen asuma el Derecho de menores infractores, el cual debe avocarse al análisis de las causas que han motivado la conducta y no sólo a las circunstancias de ésta.

III.- Opuestos a esta concepción meramente punitiva, propugnamos por un Derecho de menores infractores que cumpla varias expectativas:

PRIMERA: Que si bien los países al determinar sus lineamientos en la materia sigan los instrumentos internacionales, no se limiten a copiar el modelo, sino que responsablemente, se evalúe a conciencia la manera de adaptarlo al sistema socioeconómico propio.

SEGUNDA: Que siga inscrito en el marco del modelo garantista, y que continuamente vaya más allá, en el reconocimiento de los derechos y garantías del menor.

TERCERA: Que dicho reconocimiento de derechos no sea una mera declaración de buenas intenciones, de tal suerte, que el trabajo de renovación legislativa se complemente con programas de capacitación o en su caso reestructuración del personal encargado de la atención de menores.

CUARTA: Que en el marco de las múltiples teorías que existen sobre los factores que originan la criminalidad, se entienda que el menor delinque por factores ajenos a sí mismo, de tal suerte que su conducta es circunstancial, y no debe ser el punto prioritario de interés.

QUINTA: Que deben eliminarse por completo figuras retrógradas como las etiquetas de niños difíciles, incorregibles o de alta peligrosidad, que al carecer de sustento científico, sólo fomentan el surgimiento de prejuicios y estereotipos respecto a la realidad del menor infractor.

SEXTA: Que para la determinación del alcance de la legislación penal de menores debe extenderse el límite hasta los 21 años, de tal suerte que pueda experimentarse con la utilización de criterios cualitativos como el estado psicológico del menor en los distintos tramos de edad, en lugar de la mera cuantificación.

SEPTIMA.- Que sin renunciar a la resolución última del juez especializado y a la intervención del fiscal igualmente especializado, se aumente la importancia del papel de psicólogos y otros profesionales expertos en la materia, como encargados de coadyuvar efectivamente a determinar la situación del menor e identificar los factores de riesgo en su entorno que le llevaron a la conducta infractora.

OCTAVA: Que al determinar la medida aplicable se haga a un lado el criterio meramente sancionador, y que ésta se establezca con miras a la intervención psicológica y pedagógica en los puntos neurálgicos en el ambiente del menor.

NOVENA: Que se reconozca la importancia del proceso enseñanza-aprendizaje como única vía idónea para el tratamiento y rehabilitación del menor.

DECIMA: Que se afirme la necesidad de restringir al máximo y reducir al último tramo de edad, las medidas de internamiento en régimen cerrado y así como constituir en recurso último la privación de la libertad en el caso del menor.

UNDECIMA: Que buscando otorgar al menor toda la comprensión, respeto y amor que necesita, se busque a su vez con el tratamiento reconstruir su entorno familiar, o ubicarlo en un nuevo hogar que satisfaga todas sus necesidades.

DUODECIMA: Que todas las acciones del Derecho de menores infractores se complementen con políticas públicas preventivas que, tanto busquen disminuir los

factores y condiciones de riesgo, como crear una cultura de la solidaridad social y el apoyo mutuo.

DECIMOTERCERA: Que deje de verse la cuestión de menores infractores como un problema aislado y se generalice la comprensión de su sitio en el sistema social, de tal suerte, que se dé prioridad a la atención de problemas que inciden en el fenómeno como la falta de acceso a la educación o la marginación, aún antes que al mero combate policial de la delincuencia.

BIBLIOGRAFÍA EMPLEADA

50º Aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Su influencia en la evolución de los derechos del niño. UNICEF y Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, España, 1999.

ACKERMANS, Alain y ANDOLFI, Maurizio. *La creación del sistema terapéutico. La escuela de terapia familiar de Roma*. Paidós Iberica, Barcelona, España, 1994.

ADATO GREEN, Victoria. "Algunas consideraciones respecto del análisis de la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal". En *Memoria del coloquio multidisciplinario sobre menores, diagnóstico y propuestas*. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1996.

ALCAIDE FERNANDEZ, Joaquín. "La Convención sobre los Derechos del Niño: Análisis desde la perspectiva del Derecho de los Tratados". En *Los Derechos del Niño: Estudios con motivo del X aniversario de la Convención de los Derechos del Niño*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Asociación para las Naciones Unidas en España, España, 2002.

ALMAGRO NOSETE, José. *Derecho procesal. Tomo II. Proceso Penal*. Tirant lo blanch, Valencia, España, 1989.

ANDER-EGG, Ezequiel. *Metodología del trabajo social*, Instituto de Ciencias Sociales Aplicadas, Alicante, España, 1982.

AZAOLA GARRIDO, Elena. "Posibilidades y límites de dos modelos de justicia para menores". En *Memoria del coloquio multidisciplinario sobre menores, diagnóstico y propuestas*. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas. México, 1996.

BANDURA, Albert y RIBES IÑESTA, Emilio. *Modificación de conducta: análisis de la agresión y la delincuencia*, Trillas, México, 1975.

BERISTÁIN, Antonio. "La delincuencia e inadaptación juvenil ante algunos criminólogos críticos y algunos moralistas postconciliares". *Revista Interamericana de Sociología*, México, 1976, año VI, vol. V, no. 18.

- "Menores infractores-víctimas ante las Naciones Unidas y el Consejo de Europa". En *Victimología. Nueve palabras clave*, Tirant lo blanch, Valencia, España, 2000.

BETTELHEIM, Bruno. *Fugitivos de la vida*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, Argentina, 1976.

BUENO BUENO, Agustín. "Las residencias de menores como instituciones terapéuticas. Estudio de un caso". En MARTINEZ SÁNCHEZ, Amparo y MUSITU OCHOA, Gonzalo (eds.). *El estudio de casos para profesionales de la Acción Social*. Narcea, Madrid, España, 1995.

BURNS, Charles. *Los niños inadaptados*. 2ª ed., Editorial Herder, Barcelona, España, 1966.

CADENA SERRANO, Fidel Ángel, et. al. *La responsabilidad penal de los menores*. El Justicia de Aragón, Zaragoza, España, 2003.

CALVO GARCÍA, Manuel y FERNÁNDEZ SOLA, Natividad (coords.). *Los derechos de la infancia y de la adolescencia*. Mira Editores, Zaragoza, España, 2000.

CAMPOS, Jaime, et. al. *Niños difíciles. Diagnóstico y tratamiento*, Karpos, Madrid, España, 1979.

CANGUILHEM, Georges. *Lo normal y lo patológico*, Siglo XXI, México, 1986.

CANTARERO BANDRÉS, Rocío. *Delincuencia juvenil y Sociedad en transformación: Derecho penal y procesal de menores*. Editorial Montecorvo, Madrid, España, 1988.

CARDENAL GÓMEZ, María del Rosario. *El marco de actuación de los Juzgados de Menores*. Ponencia no publicada, presentada en El Programa de Desarrollo Psicosocial en Intervención Psicológica, Cursos de Doctorado de la Facultad de Psicología, Universidad de Málaga, España, 1996.

CARIDE GÓMEZ, José Antonio. "Tratamientos pedagógicos generales." En ORTEGA ESTEBAN, José (coord.). *Pedagogía Social Especializada*. Ariel, Barcelona, España, 1999.

CARPIO DELGADO, Juana y GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora. "El menor y el Derecho Penal". En *Los Derechos del Niño: Estudios con motivo del X aniversario de la Convención de los Derechos del Niño*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Asociación para las Naciones Unidas en España, España, 2002.

CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl y CARRANCÁ Y RIVAS, Raúl. *Derecho penal mexicano, parte general*. Porrúa, México, 1995.

CARRILLO PRIETO, Ignacio y CONSTANTE, Alberto. *El menor infractor. Retrato de un olvido*. Dirección General de Prevención y Tratamiento de Menores de la Secretaría de Gobernación, México, 2000.

CASAS AZNAR, Ferrán. *Infancia: perspectivas psicosociales*. Paidós, Barcelona, España, 1998.

CHICO LIBRAN, Eliseo. "La conducta antisocial y su relación con personalidad e inteligencia". *Análisis y Modificación de Conducta*, España, 1997, vol. 23, no. 87.

COLTON, Mathew y HELLINCKX, Walter. *La atención a la infancia en la Unión Europea*. Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, España, 1993.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido (dir.). *Ley de responsabilidad penal de los menores. Doctrina con jurisprudencia y normativa complementaria*. Trivium, Madrid, España, 2001.

CONNELL, Robert W.. *Escuelas y justicia social*. Morata, Madrid, España, 1997.

CORNEAU, Guy. *Padre ausente, hijo necesitado: ¿en qué se convierten al ser hombres?* Ediciones del Hombre, Montreal, Canadá, 1989.

CORONADO, María. *Medidas y ejecución, en niños y jóvenes criminales*. Editorial Comares, Granada, España, 1995.

- "La justicia de menores. Nuevas perspectivas". *Anuario de Psicología Jurídica*. Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid, España, 1995.

COY FERRER, Ernesto. "Notas sobre la delincuencia de menores y el papel del psicólogo". *Apuntes de Psicología*, C.D.P. de Andalucía Occidental, España, 1994, no, 41-42.

CUAREZMA TERÁN, Sergio. "La justicia penal del adolescente en Centroamérica". *Anuario de Justicia de Menores*. Ed. Astigi, España, 2001, No. I.

CUELLO CALÓN, Eugenio. *Tribunales para niños*. Librería de Victoriano Suárez, Madrid, España, 1917.

CUELLO CONTRERAS, Joaquín y MARTÍNEZ-PEREDA SOTO, Leonor. "La (in)determinación de la mayoría de edad penal en el Código penal de 1995: una ambigüedad insoportable". *La Ley*, Madrid, España, 1997-6, D-332.

CUELLO CONTRERAS, Joaquín. *El nuevo Derecho penal de menores*. Civitas, Madrid, España, 2000.

D' ANTONIO, Daniel Hugo. *El Menor ante el delito*. Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1992.

DAVID, Pedro R. *Sociología Criminal Juvenil*. 5ª ed., Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1979.

DE ANTÓN, Julio. *Juventud difícil y delincuencia juvenil*. Dirección General de Juventud y Promoción Socio-Cultural, Madrid, España, 1981.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis y GIMÉNEZ-SALINAS, Esther. "Situación actual y perspectivas de futuro del tratamiento de los infractores juveniles en España". *Estudios jurídicos en memoria del Prof. Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, Valencia, España, 1997, vol. I.

DE LA RUA, Jorge. *Código Penal Argentino. Parte General*. Editorial Lerner, Córdoba, Argentina, 1972.

DE URBANO CASTRILLO, Eduardo y DE LA ROSA CORTINA, José Miguel. *Comentarios a la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor*. Aranzadi Editorial, Navarra, España, 2001.

- *La responsabilidad penal de los menores*. Thomson Arazandi, Navarra, España, 2007.

- Diccionario Jurídico Mexicano*, Porrúa, México, 1985, tomos I, II, III, IV y V.
- DOLZ LAGO, Manuel Jesús. *Derecho Transitorio Penal de Menores (Comentarios al Derecho Transitorio de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los menores)*. Dykinson, Madrid, España, 2001
- ECHEBURUA ODRIOSOLA, Enrique. *Personalidades violentas*. Ediciones Piramide, Madrid, España, 1994.
- ELBERT, Carlos Alberto. *La situación del menor sometido a proceso penal*. Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1978, Biblioteca de Ciencias Penales n° 2.
- El sistema mexicano de justicia penal para los menores y la doctrina de las Naciones Unidas para la protección integral del niño y la niña*. Publicaciones de la CNDH, México, 1996.
- Enciclopedia Jurídica básica*, Editorial Civitas, Madrid, España, 1995, vol. II y III.
- ESCARBAJAL DE HARO, Andrés. "El animador sociocultural como educador social". En SÁEZ CARRERAS, Juan (coord.). *El educador social*. Universidad de Murcia, Murcia, España, 1994
- ESTEBAN GÓMEZ, Domingo, et. al. "Encrucijada y dificultades de la socialización ante la Ley del Menor". En SOLA RECHE, Esteban, et. al. (eds.). *Derecho penal y psicología del menor*. Ed. Comares. Centro de Estudios Criminológicos, Universidad de la La Laguna, Granada, España, 2007, Biblioteca Comares de Ciencia Jurídica.
- ETXEBARRIA ZARRABEITIA, Xavier. *UNICEF. Sistemas de Responsabilidad Penal para adolescentes, Seminario Internacional*. UNICEF, Comité País Vasco, España, 2003.
- FEITO ALONSO, Rafael. *Nacidos para perder: un análisis sociológico del rechazo y del abandono escolares*. Ministerio de Educación y Ciencia, Madrid, España, 1990.
- FERNÁNDEZ-RÍOS, Luis. *Manual de Psicología Preventiva. Teoría y práctica*. Siglo XXI, Madrid, España, 1994.
- FERNANDEZ SOLA, Natividad. *La Protección Internacional de los Derechos del Niño*. El Justicia de Aragón, Zaragoza, España, 1994.
- FERRÁNDEZ, Alberto (dir.). *Modelos de educación en centros penitenciarios*. Humanitas, Barcelona, España, 1989.
- FISHMAN, Charles H. *Tratamiento de adolescentes con problemas. Un enfoque de terapia familiar*. Paidós Iberica, Barcelona, España, 1989.
- FONTÁN BALESTRA, Carlos. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1980, Tomo III.
- FOUCAULT, Michel. *Vigilar y castigar*. Siglo XXI, México, 1980.
- FREIRE, Paulo. *Pedagogía del Oprimido*. 2a. ed., Siglo XXI, México, 2005.

FROUFE QUINTAS, Sindo y GONZÁLEZ SÁNCHEZ, Margarita. *Para comprender la Animación Sociocultural*. Verbo Divino, Pamplona, España, 1995.

FUNES ARTEAGA, Jaume “Los adolescentes: socialmente problemáticos”. *Comunidad y Drogas*, España, 1990, no. 10.

GARCÍA-PABLOS, Antonio. “Presupuestos criminológicos y político-criminales de un modelo de responsabilidad de jóvenes y menores”. *Menores privados de libertad*, Madrid, España, 1996, Cuadernos de derecho Judicial, XV.

GARCÍA PÉREZ, Octavio. “Los actuales principios rectores del Derecho penal juvenil: un análisis crítico”. *Revista de Derecho penal y Criminología*. UNED, 2ª. época, Madrid, España, enero 1999, no. 3.

- “La introducción del modelo de seguridad ciudadana en la justicia de menores”. En SOLA RECHE, Esteban, et. al. (eds.). *Derecho penal y psicología del menor*. Ed. Comares, Centro de Estudios Criminológicos, Universidad de la La Laguna, Granada, España, 2007, Biblioteca Comares de Ciencia Jurídica.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *El sistema penal mexicano*. Fondo de Cultura Económica, México, 1993.

GARÓFALO, Rafael. *El delito como fenómeno social*. Analecta ediciones y libros, Madrid, España, 2004.

GARRIDO GENOVÉS, Vicente. *La reeducación del delincuente juvenil. Los programas de éxito*. Tirant lo Blanch, Valencia, España, 1992.

- *Pedagogía de la delincuencia juvenil*. CEAC, Barcelona, España, 1990.

GARRIDO GENOVÉS, Vicente y LÓPEZ LATORRE, M. Jesús. *La prevención de la delincuencia: El enfoque de la competencia social*. Tirant lo Blanch, Valencia, España, 1995.

GARRIDO GENOVÉS, Vicente, et. al. *El modelo de la competencia social de la Ley de Menores*. Tirant lo Blanch, Región de Murcia, Consejería de Trabajo y Política Social, Valencia, España, 2006, Colección Criminología y Educación Social, Serie menor.

GIMÉNEZ-SALINAS, Esther, “La mayoría de edad penal en la reforma”. En *Política criminal y Reforma penal. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*. Editorial Revista de Derecho privado, Edersa, Madrid, España, 1993.

GIMENO SACRISTÁN, José y PÉREZ GÓMEZ, Ángel. *Comprender y transformar la enseñanza*. Morata, Madrid, España, 1994.

GOLEMAN, Daniel. *Inteligencia emocional*. Ed. Kairos, Barcelona, España, 1997.

GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco. *El código penal comentado*. Porrúa, México, 1996.

GONZÁLEZ DEL SOLAR, José H. *Delincuencia y Derecho de Menores. Aporte para una legislación integral*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1995.

GONZÁLEZ SÁNCHEZ, Margarita. "La animación sociocultural en educación social especializada". En ORTEGA ESTEBAN, José (coord.). *Pedagogía Social Especializada*. Ariel, Barcelona, España, 1999.

GRACIA FUSTER, Enrique y MUSITU OCHOA, Gonzalo. *El maltrato infantil. Un análisis ecológico de los factores de riesgo*. Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, España, 1993.

GUILLÉN GESTOSO, Carlos, et. al. "Programas de prevención de la marginación. Los prejuicios sociales". En RUIZ RODRÍGUEZ, Ramón y NAVARRO GUZMÁN, José Ignacio (coords.). *Menores. Responsabilidad penal y atención psicosocial*. Tirant lo Blanch, Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología, Valencia, España, 2004, Colección Criminología y Educación Social, Serie Mayor.

HAWLEY, Amos H. *Ecología humana*. Tecnos, Madrid, España, 1989.

HEID SKRENEK, José Luis. "El nuevo sistema jurídico legal para los derechos de los niños y adolescentes en el Paraguay". *Anuario de Justicia de Menores*. Ed. Astigi, España, 2003, No. III.

HERAS I TRIAS, Pilar. "Pedagogía Ambiental y Educación Social". En PETRUS ROTGER, Antonio (coord.). *Pedagogía Social*. Ariel, Barcelona, España, 1997.

HERAS, J. de las. *La vida del niño delincuente*. Librería de Victoriano Suárez, Madrid, España, 1923.

HEUYER, Georges. *Introducción a la psiquiatría infantil*. Ed. Planeta, Barcelona, España, 1976.

ILLICH, Ivan. *La sociedad desescolarizada*. Joaquín Mortiz, México, 1985.

ISSA EL KHOURY, Jacob-Henry. "Algunas consideraciones sobre las medidas tutelares". *Revista Judicial*. San José, Costa Rica, 1980, septiembre, No. 17.

INÁRRITU Y RAMÍREZ DE AGUILAR, Jorge. "El estatuto de la Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia". *Boletín de Información Judicial*. México, marzo de 1955, num. 92.

IZQUIERDO MORENO, Ciriaco. *Jóvenes en la cárcel*. Ediciones Mensajero, Bilbao, España, 1991.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *La ley y el delito*. 11ª ed., Ed. Sudamericana, Buenos Aires, Argentina, 1986.

- *Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito*. 3ª ed., Ed. Sudamericana, Buenos Aires, Argentina, 1990.

JUDERÍAS, Julián. *La juventud delincuente. Leyes e instituciones que tienden a su regeneración*. Tipografía Jaime Rates, Madrid, España, 1912.

KAUFMANN, Hilde. *Delincuentes juveniles. Diagnósis y juzgamiento*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1983.

KAZDIN, Alan E. *Tratamiento de la conducta antisocial en la infancia y la adolescencia*. Martínez Roca, Barcelona, España, 1988.

KAZDIN, Alan E. y BUELA-CASAL, Gualberto. *Conducta antisocial. Evaluación, tratamiento y prevención en la infancia y adolescencia*. Pirámide, Madrid, España, 1994.

LAINÉZ BERDONCES, Joaquín, et. al. "Respuestas sociales a las conductas infractoras de los menores". *Anuario de Psicología Jurídica*. Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid, España, 1995.

LANDROVE DÍAZ, Gerardo. *Introducción al Derecho penal de menores*. 2ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, España, 2007.

LEBLANC, Marc. *Actividades delictivas, problemas de comportamiento y experiencia familiar durante la niñez*. Universidad de Montreal, Grupo de investigación sobre la inadaptación psicosocial del niño, Montreal, Canadá, 1991.

LE BOULCH, Jean. *El deporte escolar*. Paidós, Barcelona, España, 1991.

Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores. 2ª ed., COLEX, Madrid, España, 2007.

LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. *Manual de Derecho Positivo Mexicano*. 4ª ed., Trillas, México, 1998.

LÓPEZ HERRERÍAS, José Ángel. "Programas de capacitación laboral". En ORTEGA ESTEBAN, José (coord.). *Pedagogía Social Especializada*. Ariel, Barcelona, España, 1999.

LÓPEZ-REY Y ARROYO, Manuel. *La Criminalidad. Un estudio analítico*. Tecnos, Madrid, España, 1976.

LÓPEZ RIOCEREZO, José María. *Delincuencia juvenil. Profilaxis y terapéutica*. Editorial V. Suárez, Madrid, España, 1963, Tomo I.

MAPELLI CAFFARENA, Borja, et. al. *Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los menores*. IAAP Instituto Andaluz de Administración Pública, Junta de Andalucía, Consejería de Justicia y Administración Pública, Sevilla, España, 2002.

MARTÍN BARROSO, Luis. *Las fugas de menores: prevención y tratamiento*. Editorial Civitas, Madrid, España, 1984.

MATO GÓMEZ, Juan. "Los derechos de la infancia y la Ley de Protección Jurídica del Menor". *Anuario de Psicología Jurídica*. Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid, España, 1997.

MEIRA CARTEA, Pablo A. "La perspectiva ecológica en la acción social con menores". En ORTEGA ESTEBAN, José (coord.). *Pedagogía Social Especializada*. Ariel, Barcelona, España, 1999.

MENDANA, Ricardo y ARCHIMBAL, Fernando. "Notas al nuevo régimen penal de los menores". *Anales de Legislación Argentina. Boletín Informativo*. Buenos Aires, Argentina, 1980, n° 37.

MENDIZÁBAL OSES, Luis. *Derecho de Menores. Teoría General*. Ediciones Pirámide, Madrid, España, 1977.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. 8a ed., Ed. Reppertor, Barcelona, España, 2006.

MIRET MAGDALENA, Enrique. *La educación de nuestros jóvenes difíciles: El punto de vista psicológico*. Nuevo Futuro, Madrid, España, 1984.

MOHEDANO SÁNCHEZ, Julia y ORTEGA ESTEBAN, José. "Modelos Institucionales". En ORTEGA ESTEBAN, José (coord.). *Pedagogía Social Especializada*. Ariel, Barcelona, España, 1999.

MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. *Antijuridicidad penal y sistema del delito*. José Maria Bosch Editor, Barcelona, España, 2001.

MONTESSORI, María. *El niño. El secreto de la infancia*. 2ª edición, Editorial Diana, México, 2000.

MORATA GARCÍA, María Jesús. "Animación sociocultural, conflicto social y marginación". En TRILLA, Jaume. *Animación sociocultural*. Ariel, Barcelona, España, 1997.

MUÑOZ SÁNCHEZ, José Manuel. "Evaluación de menores en riesgo". En RUIZ RODRÍGUEZ, Ramón y NAVARRO GUZMÁN, José Ignacio (coords.). *Menores. Responsabilidad penal y atención psicosocial*. Tirant lo Blanch, Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología, Valencia, España, 2004, Colección Criminología y Educación Social, Serie Mayor.

NAVAS RIAL, Claudio Roberto. "Los menores y el derecho penal en la República Argentina". *Anuario de Justicia de Menores*. Ed. Astigi, España, 2002, No. II.

NAVARRO GUZMÁN, José Ignacio. "Introducción a la psicología evolutiva". En RUIZ RODRÍGUEZ, Ramón y NAVARRO GUZMÁN, José Ignacio (coords.). *Menores. Responsabilidad penal y atención psicosocial*. Tirant lo Blanch, Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología, Valencia, España, 2004, Colección Criminología y Educación Social, Serie Mayor.

NÉRICI, Imídeo Giuseppe. *Hacia una didáctica general dinámica*. Ed. Kapelusz, Buenos Aires, Argentina, 1969.

NIEHOFF, Debra. *Biología de la violencia*. Ariel, Centro Reina Sofía para el Estudio de la Violencia, España, 2000, Serie Estudios sobre Violencia No. 5.

NOGUEIRA GANDÁSTEGUI, Santiago. "Observaciones críticas al proceso penal de la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad de Menores". *Anuario de Justicia de Menores*. Ed. Astigi, España, 2003, No. III.

NÚÑEZ, Violeta. "Modelos Integrados. Modelos ¿Integrados o articulados?". En ORTEGA ESTEBAN, José (coord.). *Pedagogía Social Especializada*. Ariel, Barcelona, España, 1999.

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio. *Sobre el concepto del Derecho Penal*. Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Madrid, España, 1981.

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio y HUERTA TOCILDO, Susana. *Derecho Penal Parte General. Teoría Jurídica del Delito*. 2ª ed. corr. y aum., Rafael Castellanos Editor, Madrid, España, 1986.

ORTE SOCAS, Carmen. "Programas de educación familiar: la familia como ámbito de acción socioeducativa". En ORTEGA ESTEBAN, José (coord.). *Pedagogía Social Especializada*. Ariel, Barcelona, España, 1999.

ORTEGA ESTEBAN, José. "Comunidad y educación social (programa comunitario de prevención de la asociabilidad infanto-juvenil "ciudad educativa")". En PETRUS ROTGER, Antonio (coord.). *Pedagogía Social*. Ariel, Barcelona, España, 1997.

- *Delincuencia, Reformatorio y Educación liberadora*. Amaru, Salamanca, España, 1991.

ORTS BERENGUER, Enrique (coord.). *Menores: victimización, delincuencia y seguridad*. Tirant lo blanch, Valencia, España, 2006, Chillida Seguridad Permanente Colección Ciencia Policial.

PALACIOS SÁNCHEZ, Julián. *Menores marginados. Perspectiva histórica de su educación e integración social*. Madrid, Ed. CCS, Madrid, España, 1997.

PANTOJA VARGAS, Luis, "Menores drogadictos". En ORTEGA ESTEBAN, José (coord.). *Pedagogía Social Especializada*. Ariel, Barcelona, España, 1999.

PALENCIA GARCÍA, Carmen Prisila y MELCHOR SOLÓRZANO, Edgar Estuardo. "Situación jurídica de los menores en Guatemala". *Anuario de Justicia de Menores*. Ed. Astigi, España, 2002, No. II.

PÉREZ JIMÉNEZ, Fátima. *Menores infractores: Estudio empírico de la respuesta penal*. Tirant lo blanch, Valencia, España, 2006, Colección Criminología y Educación Social, Serie menor.

PÉREZ MACHÍO, Ana Isabel. *El tratamiento jurídico-penal de los menores infractores -LO 8/2006-*. Tirant lo blanch, Valencia, España, 2007, Colección Monografías 412.

PÉREZ-VITORIA MORENO, Octavio. *La minoría penal*. Bosch Casa Editorial, Barcelona, España, 1940.

PETIT ARREGUI, Alicia. "Niños y niñas con madres o padres encarcelados". En ORTEGA ESTEBAN, José (coord.). *Pedagogía Social Especializada*. Ariel, Barcelona, España, 1999.

PETRUS ROTGER, Antonio. "La práctica físico-deportiva en centros de protección y reforma". En ORTEGA ESTEBAN, José (coord.). *Pedagogía Social Especializada*. Ariel, Barcelona, España, 1999.

PLATT, Anthony M. *Los salvadores del niño o la invención de la delincuencia*. 2ª ed., Siglo XXI Editores, México, 1988.

POLAINO NAVARRETE, Miguel, "Minoría de edad penal (art. 8.2º., del Código penal)". *Comentarios a la Legislación penal. La reforma del Código penal de 1983*.

Editorial Revista de Derecho privado, Edersa, Madrid, España, 1985, tomo V, vol. 1º.

POLAINO-ORTS, Miguel. "La irrupción del Derecho penal del enemigo en la legislación penal de menores". *Crónica Jurídica Hispalense*. Tirant lo blanch, Sevilla, España, no. 5/2007.

PORTE-PETIT CANDAUDAP, Celestino. *Programa de Derecho Penal. Parte General*. Trillas, México, 1990.

PRADES, José A. "Sociología y medio ambiente". En BALLESTEROS, Jesús y PÉREZ ADÁN, José (comps.). *Sociedad y medio ambiente*. Trotta, Madrid, España, 1997.

PUIG PICART, Toni. *Animación sociocultural cultura y territorio*. Popular, Madrid, España, 1998.

QUINTANA CABAÑAS, José María. *Los ámbitos profesionales de la animación*. Narcea, Madrid, España, 1993.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *La Justicia Penal en España*. Aranzadi, Pamplona, España, 1998.

REMPLEIN, Heinz. *Tratado de psicología evolutiva. El niño, el joven, el adolescente*. Ed. Labor, Barcelona, España, 1980.

RÍOS ESPINOSA, Carlos. "Grupos vulnerables y derecho penal: el caso de los menores infractores". *Bien común y gobierno*. México, 1998, Año IV, no. 47.

RÍOS MARTÍN, Juan Carlos. *El menor infractor ante la ley penal*. Ed. Comares, España, 1993.

RIVERA, Sneider. *La Nueva Justicia Penal Juvenil (La Experiencia de El Salvador)*. Serie Adolescencia 1, UNICEF, FESPAD, PNUD, San Salvador, 1998.

ROCCATTI, Mireille y LARA, Evangelina. *Justicia Juvenil en el Estado de México y análisis comparativo con los Sistemas de tratamiento de Menores de la República Mexicana*. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México. México, 1996.

RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro. *Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores. Especial análisis de la reparación del daño*. DIJUSA Editorial, Madrid, España, 2005.

RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. *Criminalidad de menores*. Porrúa, México, 1997.

RUBIO LARROSA, Vicente. *Estudio de conexiones afectivas y la posible influencia negativa futura*. Dirección General de Protección Jurídica del Menor, Ministerio de Justicia, Madrid, España, 1985.

RUTTER, Michael, et. al. *Delincuencia juvenil*. Ediciones Martínez Roca, Barcelona, España, 1988.

SABATER TOMAS, Antonio. *Los delincuentes jóvenes*. Editorial Hispano Europea, Barcelona, España, 1967.

SALADO OSUNA, Ana. "La Convención sobre los Derechos del Niño de 1989: El concepto de niño". En *Los Derechos del Niño: Estudios con motivo del X aniversario de la Convención de los Derechos del Niño*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Asociación para las Naciones Unidas en España, España, 2002.

- "Algunas reflexiones sobre la Opinión Consultiva 17 (28 de agosto de 2002) de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, relativa a la Condición jurídica y derechos humanos del niño". *Anuario de Justicia de Menores*. Ed. Astigi, España, 2002, No. II.

SANCHA MATA, Víctor. "Las medidas alternativas al internamiento". *Revista de estudios Infancia y Sociedad*. Ministerio de Asuntos Sociales, España, 1993.

SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, María Isabel. *Minoría de edad penal y Derecho penal juvenil*. Ed. Comares, Granada, España, 1998, Biblioteca Comares de Ciencia Jurídica.

SANCHO VERDUGO, Rafael. "Consideraciones criminológicas sobre la Ley Orgánica N. 5, de 12 de enero de 2000, reguladora de la Responsabilidad penal de los menores". *Anuario de Justicia de Menores*. Ed. Astigi, España, 2004, No. IV.

SANTOLARIA SIERRA, Félix. *Marginación y educación. Historia de la educación social en la España moderna y contemporánea*. Ariel, Barcelona, España, 1997.

SANZ HERMIDA, Ágata. "La víctima en el proceso penal de menores". *Anuario de Justicia de Menores*. Ed. Astigi, España, 2001, No. I.

SARTO MARTÍN, María Pilar. "La escuela y los menores en dificultad: funciones y acciones", En ORTEGA ESTEBAN, José (coord.). *Pedagogía Social Especializada*. Ariel, Barcelona, España, 1999.

SEGURA MORALES, Manuel. *Tratamientos eficaces de Delincuentes juveniles*. Dirección General de Protección Jurídica del menor, Ministerio de Justicia, Madrid, España, 1985.

SERRANO MAÍLLO, Alfonso. "Mayoría de edad penal en el Código de 1995 y delincuencia juvenil". *Revista de Derecho penal y Criminología*. UNED, Madrid, España, 1995, 1ª época, núm. 5.

SERRANO RUIZ-CALDERÓN, Manuel (coord.). *Los menores en protección*. Ed. Difusión Jurídica, Madrid, España, 2007.

SHAFFER, David R. *Desarrollo social y de la personalidad*. 4ª ed., Thomson Editores Spain, Madrid, España, 2002.

SOLA RECHE, Esteban, et. al. (eds.). *Derecho penal y psicología del menor*. Ed. Comares. Centro de Estudios Criminológicos, Universidad de la Laguna, Granada, España, 2007, Biblioteca Comares de Ciencia Jurídica.

SOLÍS QUIROGA, Héctor. *Justicia de menores*. 2ª ed., Porrúa, México, 1986.

TAMÉS PEÑA, Beatriz. *Los Derechos del niño, Un Compendio de Instrumentos Internacionales*. Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 1995.

TEJEDOR ORDAX, Antonia, et. al. *Actuaciones preventivas dentro de la justicia penal juvenil: los juicios de faltas*. Trabajo presentado en las Jornadas para Magistrados de Menores organizadas por el Consejo General del Poder Judicial. Madrid, España, 1996.

TEJEDOR ORDAX, Antonia. "La intervención psicológica en el ámbito de la justicia juvenil". *Anuario de Justicia de Menores*. Ed. Astigi, España, 2001, No. I.

TOCAVEN GARCÍA, Roberto. *Elementos de la criminología infanto-juvenil*, Ed. Porrúa, México, 1991.

- *Menores Infractores*. Ed. Porrúa, México, 1993.

TREJO ESCOBAR, Miguel Alberto. "Justicia penal juvenil en El Salvador: definición del problema y propuesta de soluciones". *Anuario de Justicia de Menores*. Ed. Astigi, España, 2001, No. I.

TRÉPANIER, Jean, "Los jóvenes delincuentes y sus familias". En TRÉPANIER, Jean, et. al. *Delincuencia Juvenil y Derechos Humanos*. Ed. Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1995.

UCAR MARTÍNEZ, Xavier. *La animación sociocultural*. CEAC, Barcelona, España, 1992.

URRA PORTILLO, Javier. *Adolescentes en conflicto. Un enfoque psicojurídico*. Pirámide, Madrid, España, 1995.

VALVERDE MOLINA, Jesús. *La cárcel y sus consecuencias*. Popular, Madrid, España, 1991.

VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos y SERRANO TÁRRAGA, María Dolores. "La opinión publica ante la delincuencia juvenil". *Anuario de Justicia de Menores*. Ed. Astigi, España, 2004, No. IV.

VENTOSA PÉREZ, Víctor. "La intervención y el seguimiento de la animación". En VEGA, Francisco y VENTOSA PÉREZ, Víctor. *Programar, acompañar, evaluar*. Ariel, Madrid, España, 1993.

VERA VILA, Julio. "La publicidad en educación social especializada". En ORTEGA ESTEBAN, José (coord.). *Pedagogía Social Especializada*. Ariel, Barcelona, España, 1999.

VERDUGO, Miguel Ángel y SOLER-SALA, Víctor (eds.). *La Convención de los Derechos del Niño hacia el siglo XXI*, Ediciones Universidad, Salamanca, España, 1996.

VILLANUEVA CASTILLEJA, Ruth, et. al. "Apuntamientos para un derecho de los menores de edad en conflicto con la ley penal". *Revista Académica de la Facultad de Derecho de la Universidad La Salle*. México, enero 2007, Año IV, no. 8.

VIÑAS, Raúl Horacio. *Delincuencia juvenil y derecho penal de menores*. Ediar, Buenos Aires, Argentina, 1983.

VIVES ANTÓN, Tomás. "Constitución y Derecho penal de menores". *Poder Judicial*. España, marzo 1991, 2ª época, núm. 21.

WALGRAVE, Lode. *Delincuencia sistematizada de los jóvenes y vulnerabilidad social: ensayo de construcción de una teoría integrativa*. Ed. Medicina e Higiene, Ginebra, Suiza, 1992.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de derecho penal. Parte general*. Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1994.

LEGISLACIÓN UTILIZADA

I. Española.

Constitución Española

Código Penal

Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores

Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, en relación con los delitos de terrorismo.

Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

II. Mexicana.

a) Legislación en materia Federal:

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Código Penal Federal.

Ley Federal para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en materia Común y para toda la República en materia Federal

Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Diario Oficial de la Federación el 29 de mayo de 2000

b) Legislación en materia local:

Ley de Justicia para Adolescentes del Estado de Baja California, publicada en el Periódico Oficial No. 45, de fecha 27 de octubre de 2006, Tomo CXIII, Sección I.

Ley de Justicia para Adolescentes para el Estado de Baja California Sur, Decreto 1630, promulgada el 12 de septiembre de 2006.

Ley de Justicia para Adolescentes del Estado de Campeche, expedida por Decreto Num. 337, P.O. 3643, publicado el 12 de Septiembre de 2006.

Ley que establece el Sistema Integral de Justicia para Adolescentes en el Estado de Chiapas, publicado bajo Decreto #150, en el Periodico Oficial del Estado de fecha 7 de marzo del 2007.

Ley de Justicia Especial para Adolescentes Infractores del Estado de Chihuahua, publicada en el Periódico Oficial del Estado del 16 de septiembre de 2006.

Ley de Justicia para Adolescentes del Estado de Coahuila de Zaragoza, publicada en el Periódico Oficial 1 de septiembre de 2006.

Ley que Establece el Sistema Integral de Justicia para Adolescentes del Estado de Colima, promulgada el 22 de agosto de 2006

Ley de Justicia para Adolescentes del Estado de Guanajuato, publicada por Decreto Número 280 en el Periódico Oficial número 122, tercera parte de 1 de agosto de 2006.

Ley de Justicia Integral para Adolescentes del Estado de Jalisco, publicada el 12 de septiembre de 2006, en el Periódico Oficial Sección III.

Ley de Justicia para Adolescentes del Estado de México, publicada el 25 de enero de 2007.

Ley de Justicia Integral para Adolescentes del Estado de Michoacán de Ocampo, publicada por Decreto Legislativo No. 88 en el Periódico Oficial de fecha 16 de enero de 2007.

Ley del Sistema Integral de Justicia para Adolescentes del Estado de Morelos, publicada el 23 de noviembre de 2007.

Ley de Justicia para Adolescentes del Estado de Nayarit, publicada en la Sección Tercera del Periódico Oficial del Estado, el 9 de Septiembre de 2006.

Ley del Sistema Especial de Justicia para Adolescentes del Estado de Nuevo León, publicada en el Periódico Oficial del Estado de fecha 10 de septiembre de 2006.

Ley de Justicia para Adolescentes del Estado de Oaxaca, publicada en la Tercera Sección del Periódico Oficial del Estado de Oaxaca, el 9 de septiembre de 2006.

Ley de Justicia para Menores del Estado de San Luis Potosi, fecha de Publicación: 5 de Septiembre de 2006.

Ley de Justicia para Adolescentes del Estado de Sinaloa, publicada en el Periódico Oficial No. 109 Segunda Sección del 11 de septiembre de 2006.

Ley que establece el Sistema Integral de Justicia para Adolescentes del Estado de Sonora, publicada en el Boletín Oficial, Ed. Especial No. 9, de fecha 12 de septiembre de 2006.

Ley que establece el Sistema Integral de Justicia para Adolescentes en el Estado de Tabasco, publicada en el Periódico Oficial Extraordinario Num. 18 del 12 de septiembre del 2006.

Ley de Justicia para Adolescentes del Estado de Tamaulipas, publicada por Decreto No.LIX-584, Anexo al P.O. No.109, del 12 de septiembre de 2006.

Ley de Justicia para Adolescentes del Estado de Yucatán, Decreto Número 712 publicado el 7 de diciembre de 2006.

Ley de Justicia para Adolescentes en el Estado de Zacatecas. Decreto No. 311, Publicado en el Periódico Oficial del Estado, TOMO CXVI Número 78, 30 de Septiembre del 2006.

III. Latinoamericana.

Costa Rica:

Constitución Política

Ley de Justicia Penal Juvenil (1996)

El Salvador:

Constitución Política

Código de Familia (1993)

Ley del Instituto Salvadoreño de Protección al Menor (1993)

Ley del Menor Infractor (1995)

Ley de Vigilancia y Control de Ejecución de Medidas al Menor Infractor (1995).

Códigos Penal, Procesal Penal y Ley Penitenciaria

Guatemala:

Constitución Política

Código de Menores (1979)

Ley Orgánica de la Jurisdicción Tutelar de Menores

Código de la Niñez y la Juventud (1996)

Honduras:

Código de la Niñez y de la Adolescencia (1996)

Nicaragua:

Constitución Política

Código de la Niñez y la Adolescencia (1996)

Panamá:

Régimen Especial de Responsabilidad Penal para la Adolescencia (1999)

Colombia:

Código de Menores (1994)

Argentina:

Constitución Nacional

Código Penal

Código Procesal Penal de la Nación

Ley de Patronato de Menores n° 10.903

Chile:

Ley de menores

Paraguay:

Código de la Niñez y la Adolescencia para la República del Paraguay

IV. Tratados internacionales.

Convención sobre los Derechos del Niño. Naciones Unidas, 20 de noviembre de 1989.